

**Seminarios wiki interactivos de Derecho
Internacional Privado con complemento-
refuerzo de seminarios presenciales
impartidos por especialistas en los temas
propuestos
(Proyecto de Innovación Docente
ID 12/069)**

**Pfra. Dra. D^a. Antonia Durán Ayago
Pfra. Dra. D^a. Pilar Maestre Casas
Pfra. Dra. D^a. María del Mar Velázquez Sánchez
Asignatura: Derecho Internacional Privado
Curso y Grupos: 5º I, II y III**

Curso 2012/2013

SUMARIO

Propuesta y Contenido del Proyecto.....	3
Resultados Grupo I de Derecho internacional privado.....	6
Resultados Grupo II de Derecho internacional privado.....	258
Resultados Grupo III de Derecho internacional Privado.....	319

Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado con complemento-refuerzo de seminarios presenciales impartidos por especialistas en los temas propuestos

(Proyecto de Innovación Docente ID 12/069)

PROPUESTA

Implantación de metodologías activas de aprendizaje
Diseño de contenidos docentes y audiovisuales en abierto o en el campus virtual

¿En qué consiste el proyecto?

A través de la plataforma Studium, nos proponemos diseñar cuatro seminarios especializados en cada grupo, utilizando la herramienta wiki. Realizaremos a nuestros alumnos/as, a principios de curso, una propuesta de temas de interés jurídico y social comprendidos en el objeto de la asignatura Derecho internacional privado (ej.: aplicación judicial en España del Derecho extranjero; tratamiento de los matrimonios de conveniencia; la determinación de la filiación en el fenómeno de las madres de alquiler; reconocimiento de adopciones internacionales: especial tratamiento de la kafala; regímenes matrimoniales en el mundo islámico; pensiones de viudedad en matrimonios poligámicos, etc) para que decidan sobre qué materias les interesaría más trabajar.

Los cuatro temas más votados se formularán en seminarios interactivos en que los/las estudiantes van a tener que trabajar añadiendo información a la wiki creada, partiendo de unas informaciones previas y líneas de referencia que les proporcionaremos. Los seminarios tendrán un cronograma de desarrollo que irá parejo a la explicación de los conceptos teóricos necesarios para participar en ellos con el máximo aprovechamiento.

Cada seminario interactivo culminará con un seminario presencial impartido por un especialista en la materia, en el que los/las estudiantes que hayan intervenido en él, podrán preguntar sobre aquellas cuestiones que mayor interés les hayan suscitado, al tiempo que tendrán un nivel de conocimientos adecuado sobre la materia para poder interactuar con el profesor que imparta el seminario.

En este sentido, para realizar la memoria económica, hemos tomado como referencia el número de cuatro profesores de distintas Universidades españolas que, según la materia, participarían en cada uno de estos cuatro seminarios con una duración máxima cada uno de ellos de dos horas.

Objetivos:

Los objetivos de este proyecto no son nada ambiciosos, si partimos de la premisa de que no todos los/las estudiantes que asisten a clase con asiduidad van a querer participar en esta iniciativa, por la renuencia y/o falta de costumbre a implicarse en este tipo de actividades. Pero con la experiencia previa de los dos cursos anteriores, somos conscientes de que siempre existe un grupo de estudiantes activos que no sólo estarán

interesados en participar, sino que aportarán resultados muy sugerentes a esta propuesta. Resumiendo, los objetivos que nos proponemos con esta iniciativa docente son:

1. Potenciar el aprendizaje autónomo del estudiante
2. Prestar atención a sus inquietudes, siendo ellos/as los/las que elijan los temas que van a ser objeto de tratamiento, entre una lista de temas que les proporcionaremos a principios de curso
3. Buscar información sobre los temas planteados en un triple orden: realidad social, normativa interna y comparada, jurisprudencia
3. Ser capaces de construir información sobre una materia de actualidad desde la rigurosidad y desde un enfoque práctico-jurídico
5. Ser capaces de interactuar con otros profesores especialistas en las materias propuestas

Resultados previstos:

1. Implicar al estudiante en los temas de la realidad que regula el Derecho internacional privado
2. Crear información y generar conocimiento sobre la materia planteada
3. Interactuar con los/as compañeros/as y con la profesora de la asignatura, además de con los/las profesores/as de otras Universidades que participarán en esta iniciativa
4. Profundizar en el conocimiento de los temas planteados, lo que repercutirá directamente en una mejor comprensión de la asignatura cursada.

Impacto sobre la docencia:

Con la experiencia de haber ya puesto en marcha este proyecto durante los cursos 2009/2010, 2011/2012 y 2012/2013 los resultados y el impacto sobre la docencia han sido muy positivos. Los/las estudiantes que han participado en esta iniciativa la han valorado muy positivamente; se han implicado en la asignatura y sus resultados finales en el examen han sido buenos.

Metodología de trabajo:

1. Proponer en los primeros días del curso una lista de temas de entre los cuales los/las estudiantes deberán elegir cuatro.
2. Dar de alta los seminarios en la plataforma Studium y abrir una wiki para cada uno de ellos con el objetivo de que vayan añadiendo información sobre el tema propuesto, incluyendo noticias periodísticas (realidad social), regulación jurídica al respecto (normativa) y tratamiento jurisprudencial de la materia.
3. Cada seminario tendrá un cronograma de realización que se acomodará a la impartición del programa de la asignatura y que se proporcionará junto con los seminarios. Cada seminario finalizará con un seminario presencial que impartirá un/a profesor/a especialista en la materia tratada.
4. Al finalizar el curso, los/las participantes en esta actividad realizarán una encuesta para valorar el grado de satisfacción de la actividad realizada
5. El/la alumno/a que haya participado con aprovechamiento en la elaboración de los seminarios podrá aportar hasta un punto a su calificación final en la asignatura.

La profesora de cada grupo tendrá una sesión inicial con todos los/las estudiantes interesados/as, en la que explicará la dinámica de los seminarios, el funcionamiento de la wiki en Studium y proporcionará una serie de indicaciones para realizar las búsquedas bibliográficas y jurisprudenciales.

Recursos a emplear:

Plataforma virtual de enseñanza Studium; bases de datos bibliográficas y jurisprudenciales; acceso a la web.

Calendario previsto:

Curso 2012/2013 conforme a lo especificado anteriormente.

Se presentan a continuación los resultados que se han obtenido en los tres grupos de Derecho internacional privado en que se ha aplicado durante el presente curso este Proyecto, haciendo referencia en primer lugar a la metodología que se ha utilizado para su puesta en marcha en cada uno de ellos y, posteriormente, se reproducen los textos que han elaborado los/las estudiantes.

RESULTADOS SEMINARIO WIKI INTERACTIVO REALIZADO EN EL GRUPO I DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CURSO 2012/2013
(Profesora Antonia Durán Ayago)

Se han realizado dos seminarios wiki durante el presente curso: Europeización del Derecho internacional privado y Sustracción internacional de menores, conforme a la siguiente metodología.

METODOLOGÍA DE LOS SEMINARIOS WIKI:

- I. La participación en los seminarios wiki NO es obligatoria.
- II. La participación activa en ellos podrá suponer hasta un punto más en la calificación final de la asignatura
- III. Podéis participar en todos o en algunos de los cuatro seminarios propuestos
- IV. Para participar en ellos, os tengo que dar de alta. Para ello tenéis que enviarme un correo electrónico indicando los seminarios en que queréis participar**
- V. En cada seminario, señalaré unos ítems que deberéis completar. Todo ello se realizará a través de la plataforma Studium
- VI. Cada seminario tendrá una fecha de realización que indicaré y que normalmente coincidirá en la explicación del tema en clase. Aunque hay seminarios que por su extensión afectan a varios temas o incluso a la totalidad del programa, como es el caso del primero
- VII. Durante la realización del seminario, sólo tendréis acceso a la información aquellos que estéis matriculados en el mismo. Finalizado el seminario, se pondrá a disposición de todos los alumnos del grupo
- VIII. Cada seminario finalizará con una exposición presencial en clase del grupo de alumnos que haya participado en su elaboración al que podrán asistir todos los alumnos del grupo

Temas de los seminarios

EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

RESULTADOS

Hemos realizado dos seminarios sobre los siguientes temas¹:

- o Seminario Wiki I: Europeización del Derecho internacional privado: 19 alumnos (del 19 de noviembre de 2012 al 17 de marzo de 2013).
- o Seminario Wiki II: Sustracción internacional de menores: 29 alumnos (del 11 de marzo al 21 abril de 2013).

Todos los seminarios, una vez realizados en una wiki de acceso limitado para aquellos alumnos que se habían matriculado en el seminario y revisados por mí, se han podido consultar en Studium por todos los alumnos matriculados en el Grupo I de 5º.

Los dos seminarios se expusieron por los alumnos que lo habían realizado en horario de clases prácticas. En él participaron además el resto de alumnos del grupo.

Todos los alumnos que han participado en los seminarios han recibido el correspondiente certificado en el que se acredita su participación.

Cada seminario ha tenido uno o varios coordinadores que también han recibido su certificado diferenciado. La labor de los coordinadores ha sido esencial para coordinar los distintos grupos que se han formado en cada uno de los seminarios.

El resultado de los seminarios realizados se adjunta a continuación.

¹ Indico el número de estudiantes que ha participado en cada uno de ellos y fechas en que se han realizado.

Seminario I : Europeización del Derecho internacional privado

© Seminario realizado por:

I. Definición de conceptos:

Mikel Jesús Boyero Martin
Arlén Pereira Cascon
Paula Mercedes Weyler Rasquin

II. Base normativa de la europeización del Dipr:

Beatriz de Ana Antón
David de la Fuente Miravalles
Raquel Sánchez Hernaz

III. Competencias internas y externas la Unión Europea: influencia en el Dipr

Víctor Jesús García Sánchez
Alejandro Díaz González
Rafael Macías Ramos

IV. Materias europeizadas/materias que podrán ser objeto de europeización

M^a Amaya Amigo
Naira Magdaleno Hernández
Elena Castro Peque

V. Importancia del título ejecutivo europeo en el contexto de la Unión Europea: la profundización en la tutela judicial efectiva

Karina Escobar Martínez.
Nadia González Sosa.

VI. El TJUE como garante de la aplicación uniforme de las normas de Dipr de la Unión Europea

Ana María Gómez Sánchez
Alfonso Joaquín Martín Carretero
María José Ponce Escobar

VII. La Unión Europea como miembro de pleno derecho de la Conferencia de La Haya

Álvaro Bécares Peque
Noelia

Díez

Alonso

Tabla de contenido

I. Definición de conceptos:	12
1. Espacio judicial europeo:	12
DEFINICION BASICA:	12
Antecedentes y recorrido hasta la adopción de bases del Espacio Judicial Europeo.	12
Presente y futuro de esta materia:	13
Bibliografía:	13
2. Libre circulación de personas y libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo	13
FUENTES:	19
3. El principio de reconocimiento mutuo	20
4. Europeización del Derecho internacional privado:	24
Introducción y breve concepto. Funcionamiento del derecho privado como estructura necesaria para la realización de libertades comunitarias.	24
Armonización / Unificación	25
FUENTES:	27
II. Base normativa de la europeización del Dipr:	28
1. Tratado de Ámsterdam: art. 65 TCE	30
ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL TÍTULO IV	30
TÍTULO IV DEL TRATADO DE ÁMSTERDAM (ART. 61-69 TCE)	30
2. Tratado de Lisboa: art. 81 TFUE:	33
CONTENIDO	33
EL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA:	35
EL ARTÍCULO 81 Y LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL:	36
LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL	38
El ART. 81 la armonización /unificación del derecho privado europeo	39
EL ARTÍCULO 81 Y LA REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA	39
EL ARTÍCULO 81 TFUE Y LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	40
BIBLIOGRAFÍA:	41
III. Competencias internas y externas la Unión Europea: influencia en el Dipr	42
1. INTRODUCCIÓN:	42
2. EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARIO:	43
1. EL REPARTO DE COMPETENCIAS	43
2. LAS BASES JURÍDICAS	44
III. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	44
COMPETENCIAS EXTERNAS:	47
3. ANÁLISIS DE LOS REGLAMENTOS 662 Y 664. citar completos	48
1. CARACTERES DEL 662 /2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO	48
AMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 662 /2009.	49
COMO CONCRETA EL REGLAMENTO LA PALABRA “ACUERDO”:	49

PROCEDIMIENTO PARA MODIFICAR UN ACUERDO EXISTENTE O A NEGOCIAR Y CELEBRAR UN NUEVO ACUERDO CON UN TERCER PAÍS.	49
EXPIRACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO 662/2009:	51
Especial consideración al reglamento CE 664/2009 de 7 de julio	51
INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	52
BIBLIOGRAFÍA:	54
IV.- MATERIAS EUROPEIZADAS/MATERIAS QUE PODRAN SER OBJETO DE EUROPEIZACION:	55
V. Importancia del título ejecutivo europeo en el contexto de la Unión Europea: la profundización en la tutela judicial efectiva.....	80
1) ANTECEDENTES.....	80
2) LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA.....	81
2.1) Pilares fundamentales.....	82
3) INTRODUCCIÓN DEL REGLAMENTO 805/2004.....	83
3.1.1) Conceptos: Crédito, resolución judicial, transacción, documentos públicos y créditos que no sea impugnado.....	85
3.2) Ámbito de aplicación temporal.	87
3.3) Ámbito de aplicación territorial.	87
4) CLASES DE CERTIFICADOS.....	87
4.0) Requisitos específicos.	88
5) PROCEDIMIENTO.	92
6.) BIBLIOGRAFÍA.....	96
VI. El TJUE como garante de la aplicación uniforme de las normas de Dipr de la Unión Europea.....	96
CUESTIÓN PREVIA	96
DOBLE EFECTO DEL PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA.....	97
LOS PRINCIPIOS DEL TRIBUNAL.....	99
COMPARATIVA CON OTRAS INSTITUCIONES SIMILARES	101
SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	102
El Tribunal de Justicia en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.....	114
BIBLIOGRAFÍA	115
VII. La Unión Europea como miembro de pleno derecho de la Conferencia de La Haya	115
Origen de la Conferencia de La Haya	115
La Conferencia de La Haya como Convención permanente.	116
La Unión Europea en la Conferencia de La Haya	119
VIII. Reflexiones acerca del proceso de europeización: lo hecho y lo que queda por hacer.....	122

I. Definición de conceptos:

1. Espacio judicial europeo

DEFINICION BASICA

Es el espacio de libertad, seguridad y justicia en el ámbito del territorio de los estados miembros de la unión europea.

Antecedentes y recorrido hasta la adopción de bases del Espacio Judicial Europeo.

Los primeros pasos en la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia provienen del Tratado de Roma de 1957 creador de la Comunidad Económica Europea. Este Tratado ha ido cambiando de nombre y transformándose pasando del “Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea” a “Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea” hasta convertirse finalmente en el actual “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Sus objetivos eran fundamentalmente comerciales, suprimir las barreras comerciales en el entorno económico para actuar como un ente común. Fue en épocas cercanas a la década de los 80 del siglo pasado cuando por primera vez se lanzan la idea de la creación de este espacio judicial europeo por parte del entonces presidente de Francia Valéry Marie René Giscard d'Estaing.

Ya en la década de los 90 del pasado siglo, más concretamente en 1993 con el fin de crear un mercado común es cuando se potencian reformas que lleven a este libre mercado común y entre estas reformas están el mencionado “espacio judicial europeo”. Su consagración definitiva se realiza en el Tratado de Ámsterdam. Los avances que trajo fue el mejor acceso a la justicia, mutuo reconocimiento de decisiones e intentar armonizar un derecho civil europeo común para todos los miembros, así se pasó con el Tratado de Ámsterdam de buscar fines patrimoniales a fines más sociales.

Posteriormente con el Tratado de Lisboa en 2007 se adaptan instituciones y métodos de trabajos para consolidar la legitimidad democrática de la Unión Europea y se pone la base de los valores fundamentales. Entra en vigor en el año 2009 **Leyes y artículos donde se describe.**

Básicamente donde se plasma este “Espacio Judicial Europeo” es en el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea llamado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” cuyos capítulos son:

- CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES (que por su importancia esta desarrollado tras la enumeración de los cinco capítulos que contiene este título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.)
- CAPITULO II POLITICAS SOBRE CONTROLES EN LAS FRONTERAS, ASILO E INMIGRACION
- COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA CIVIL
- COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA PENAL

- COOPERACION POLICIAL

“El objetivo del espacio judicial europeo es construir un área en el que los tribunales de los estados miembros actúen como si fueran los tribunales de un solo estado, lo que sin duda, potencia el correcto funcionamiento del mercado interior” opinión extraída del manual A-L Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González)

Presente y futuro de esta materia:

Hoy en día Europa intenta consolidar en los países miembros el núcleo sobre todo en el ámbito civil para ir creando una unidad real, de la cual sea la única fuente creadora de normas hasta que tras cierto tiempo se a mayor las normas que sean comunes que las normas que creen divergencias entre los países miembros. Redactar mejor

Pero lo que es la realidad actual en la que vivimos es que se nos presenta un futuro incierto, pues en este clima existente en el que se duda de la continuidad de algunos miembros, incluso se vaticina la salida de esos países varias veces al año como en el caso de Grecia y se ponen en marcha mecanismos para aumentar los posibles momentos de inaplicación de acuerdos tan importantes como el acuerdo de Schengen, nada se puede dar por seguro. Ya queda muy atrás sino aparcadas por lo menos por ahora esos planes de crear grandes instituciones como un ejército europeo, policía europea, fiscalía real europea, etc...Por tanto hasta que no esté estable el clima económico y sobretodo social no se podrá establecer *una unidad real*.

Bibliografía:

- Antecedentes y recorrido histórico de inspirado en el trabajo con nombre “ESPACIO JUDICIAL EUROPEO Y TRATADO DE LISBOA: HACIA UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO” de la Licenciada en derecho por la Universidad de Granada María Dolores Ortiz Vidal. Mal citado
- Opinión obtenida del manual A. L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, Derecho Internacional Privado, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009- 2010.

2. Libre circulación de personas y libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo

Partiendo de la existencia de un mundo dividido en Estados soberanos, diversos factores socioeconómicos han fomentado el deseo de establecer vínculos entre los distintos Estados con el fin de mejorar las condiciones de sus ciudadanos. En un primer momento se establecieron la Comunidad del Carbón y el Acero (CECA) 1951, la Comunidad Europea para la Energía Atómica (CEEa) 1957 y la Comunidad Económica Europea (CEE) en el 1958. Todas ellas con un fuerte carácter económico, dado que existía por un lado, una voluntad de los distintos Estados en un contexto de conflictos bélicos internacionales, de garantizar la paz intentando eliminar toda posibilidad de guerra mediante la integración de la industria armamentística y a su vez, de búsqueda conjunta de un desarrollo comercial. Los orígenes de la integración europea estuvieron tintados de un importante carácter económico, sin embargo, en la actualidad, gracias a un paulatino desarrollo de los derechos inherentes a la persona, se concibe un derecho europeo más orientado al bienestar de los ciudadanos de los diversos estados miembros.

Respecto de la libre circulación de personas, una de las cuatro libertades fundamentales reconocidas por la U.E, cabe hacer una distinción entre su concepción económica, orientada a la libre circulación de personas en tanto fuesen trabajadores

activos o bien, ya en un segundo estadio, personas a la búsqueda de empleo; y la libre circulación entendida desde una perspectiva política. Se fue reconociendo por tanto, la libertad de circulación a ciudadanos que no ejercían actividades profesionales en el territorio de otro Estado miembro como estudiantes, jubilados, residentes y familiares. Y posteriormente, con el reconocimiento de la ciudadanía europea bastará el mero hecho de ser titular de ésta, es decir, tener la nacionalidad de un Estado miembro, para poder circular libremente por el territorio de la Unión. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido llevando a cabo una labor de interpretación en dicha materia.

Durante los años ochenta se inició un debate sobre el significado del concepto de libre circulación de personas. Para algunos, ésta sólo debía aplicarse a los ciudadanos de la Unión Europea, lo que significaba mantener los controles en las fronteras para diferenciar entre ciudadanos europeos y de terceros países. Otros Estados miembros, pretendían una libre circulación para todos suprimiendo los controles fronterizos. Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos decidieron en 1985 crear entre ellos un territorio sin fronteras: el espacio «Schengen».

Se elaboró un Convenio, que se firmó el 19 de junio de 1990 y entró en vigor en 1995. Este conllevó la supresión de los controles en las fronteras interiores entre los Estados parte y la creación de una única frontera exterior donde sí habría controles de entrada. Posteriormente se fueron sumando países a esta solución adoptada. Tras la firma del Tratado de Ámsterdam, esta cooperación intergubernamental se incorporó al acervo de la UE el 1 de mayo de 1999.

Cabe hacer también una breve mención al Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y por Dinamarca, Italia y Grecia el 28 de febrero de 1986. Este texto supuso la primera modificación relevante del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE). Su artículo 8A señala expresamente como objetivo del Acta, establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que concluye el 31 de diciembre de 1992. El mercado interior se entiende como «un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».

En diciembre de 1988 se reunió en Rodas el Consejo Europeo para elaborar unas Conclusiones. Entre otras cuestiones, se hizo balance sobre el Acta Única y se determinó que de las cuatro libertades enunciadas en su art.8^A, la libre circulación de las personas era en la que se estaba procediendo con mayor lentitud. Esta reunión concluyó instando a los Estados miembros a nombrar un coordinador para avanzar en la materia, pero no creaba de manera expresa un “grupo de coordinadores”. España, atendiendo a dicho mandato, decidió convocar varias reuniones de diversos coordinadores nacionales dando lugar a la existencia de un grupo, el Grupo de Coordinadores para la libre circulación de personas, o “Grupo de Rodas”, que no estaba expresamente previsto en las Conclusiones del Consejo Europeo.

El Acta Única Europea permitió la transformación, el 1 de enero de 1993, del mercado común en un mercado único. Al crear nuevas competencias comunitarias y al reformar las instituciones, este texto abre la vía de la integración política y de la Unión Económica y Monetaria, que quedarán instituidas por el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea.

El Tratado de la Unión Europea en Maastricht de 1 de noviembre de 1993, sustituyó la citada CEE por lo que hoy en día conocemos por Unión Europea y con ello se creó un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que iba más allá de la mera integración económica. Pero es en 1997, con el Tratado de Ámsterdam de 1997 cuando se integra en el marco institucional de la UE el Convenio de Schengen y se crea un " espacio de libertad, de seguridad y de justicia " eliminando las fronteras dentro de la Unión Europea y permitiendo de manera efectiva dicha libertad de circulación.

En el mercado interior, la libre circulación de personas desde esta perspectiva económica, tiene una importante relevancia. El ámbito espacial del ejercicio de dicha libertad, estaría limitado al territorio comunitario. Los presupuestos para su ejercicio serían aquí dos, por un lado ostentar una nacionalidad distinta de la del país de residencia, y por otro, una conexión que vendrá determinada por la libertad que se pretenda ejercer, pudiendo ser el domicilio o residencia de la persona física, el lugar de celebración del acto, origen de la formación o titulación profesional, así como el lugar de la recepción o la prestación del servicio. La libre circulación de personas es el presupuesto necesario para ejercer otras libertades económicas tales como la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento o la libre circulación de trabajadores. El artículo 39 del Tratado CE establece que "quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad". El TJUE ha interpretado se manera extensa este precepto, englobando aquí a las personas en búsqueda de empleo.

Por su parte, el Consejo elaboró el Reglamento (CEE) N° 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, regula dicha libertad. Se considera aquí que, " la libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia; que la movilidad de mano de obra en la Comunidad debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros; que conviene afirmar el derecho de todos los trabajadores de los Estados miembros a ejercer la actividad de su elección dentro de la Comunidad." Dicho reglamento continua vigente, con posteriores modificaciones como la que llevó a cabo la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE , 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. O la Decisión de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, por la que se aplica el Reglamento (CEE) del Consejo n° 1612/68 por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo 2003/8/CE.

En lo que respecta a la libre circulación de personas desde una perspectiva política, el ámbito de aplicación no estaría restringido a los supuestos intracomunitarios. Según una reiterada jurisprudencia del TJCE, poseer la nacionalidad de un Estado miembro distinto del Estado en el que se reside constituye un elemento suficiente para aplicar las normas de Derecho comunitario, incluso cuando la persona que invoca dichas normas no haya cruzado nunca las fronteras del Estado miembro donde reside. La TJCE se fundamenta en la libre circulación de personas contenida en la ciudadanía europea, como Derecho jurídico-público.

El nacimiento del concepto de “ciudadanía europea” hay que situarlo en la década de los setenta. Aunque sin mucho éxito, en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en París en 1974 se propuso la necesidad de reconocer “derechos especiales” a los nacionales de los estados miembros de la Comunidad Económica Europea. En 1976, en este mismo contexto, se dio el informe Tidemans, llamado así por el ministro belga homónimo que lo llevó a cabo. Dicho informe, en un capítulo denominado "La Europa de los Ciudadanos", proponía diversas actuaciones encaminadas a una mayor protección de los derechos de los individuos tratando de poner de manifiesto el surgimiento de una nueva “conciencia europea”. Si bien, este texto no fue importante en la época, si se tuvo en cuenta en un momento posterior.

En 1984 se elaboró, por el el Primer Parlamento Europeo elegido democráticamente, un Proyecto de Tratado de la Unión Europea, el Proyecto Spinelli, llamado así puesto que fue presentado por el eurodiputado Altiero Spinelli. En su artículo 3 se refiere al concepto de ciudadano de la Unión Europea. Este precepto señalaba, "Los ciudadanos de los Estados miembros son, por dicho motivo, ciudadanos de la Unión. (...) Los ciudadanos de la Unión participan en la vida política de la misma bajo las formas previstas por el presente Tratado, gozan de los derechos que les son reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión se amoldan a las normas de la misma". El Proyecto fue aprobado por el Parlamento Europeo, pero no adoptado por los Estados Miembros.

El Acta Única Europea de 1986, al que ya me he referido anteriormente, apenas recogió ninguna de las propuestas del proyecto Spinelli, aunque estableció el objetivo de la Unión política europea. El Consejo Europeo de Roma, en octubre de 1990 elevó la noción de una Ciudadanía Europea a elemento esencial para la reforma de los Tratados, con características y derechos similares a los que posteriormente se recogieron en el Tratado de la Unión Europea o de Maastricht. Pues, fue en este último momento donde se institucionalizó de manera expresa.

La Ciudadanía Europea se consagra por los Tratados en los artículos 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y artículos 9 a 12 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Así, de conformidad con el artículo 9 del TUE y el antiguo artículo 17 ahora 20 del TFUE, será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, la cual se deriva de la aplicación de las disposiciones nacionales de dicho Estado. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla, y está constituida por un conjunto de derechos y deberes que vienen a añadirse a los derechos y deberes vinculados a la ciudadanía de un Estado miembro.

En el art 20.2 TFUE, se citan algunos de los derechos fundamentales entre los cuales y enumerado en primer lugar “de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.” En la actualidad esta libertad está plenamente reconocida e integrada como derecho fundamental en los Estados Miembros de la Unión Europea.

Conectado con esta libertad de circulación de personas y el progresivo reconocimiento de diversos derechos para los ciudadanos dentro de la Unión, ha ido surgiendo una quinta libertad, la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo. Es decir, la creación de títulos ejecutivos europeos.

Con el Tratado de Ámsterdam de 1997, fundamentalmente en el artículo 61c) y el nuevo artículo 65 TCE, se da lugar la consolidación de la “comunitarización”, la

cooperación judicial civil asociándola a la libre circulación de personas. Tomando la definición del Profesor Juan José Álvarez Rubio, podemos entender aquí “comunitarización” como el “incremento de la virtualidad del Derecho a la tutela judicial efectiva en el seno de la Unión, junto al pleno desarrollo del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”. A raíz de dicho tratado “la cooperación civil internacional”, denominación en el contexto europeo del derecho internacional privado, se transfirió a la UE dejando de ser una competencia exclusiva nacional.

El artículo 81 TFUE es el único que integra el Capítulo titulado “Cooperación judicial en materia civil”. Forma parte del Título V “Espacio de libertad, seguridad y justicia” de la Tercera Parte del TFUE. En él se señala que, “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá consistir en la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias por parte de los Estados miembros”. Las autoridades comunitarias desarrollarán una cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza fundada en dos herramientas, art. 81.1 TFUE, 1º) El mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. 2º) La “aproximación” de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

Este artículo prevé las medidas de cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza que han de adoptarse “en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior” lo cual hace pensar en la posibilidad de adoptarlas también cuando sean precisas para construir el espacio judicial europeo y aunque no resulten necesarias para que el mercado interior funcione correctamente.

Se pretende con ello, que todo ciudadano pueda acceder fácilmente a la justicia europea, de la misma manera que recurre a los Tribunales nacionales. Para lo que es preciso también que las resoluciones y sentencias sean respetadas y puedan ejecutarse en todo el territorio europeo. Es indispensable establecer una normativa al respecto que posibilite esto y a su vez aporte seguridad jurídica.

En materia de reconocimiento y exequátur de resoluciones judiciales extranjeras, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, establece el reconocimiento automático de resoluciones dictadas en un Estado parte, salvo impugnación. Se reducen las causas de negación de reconocimiento que debieran ser apreciadas de oficio por el juez y se simplifica el procedimiento de exequátur que pretende convertir la resolución en un título ejecutivo. Se da también el Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que contiene soluciones similares al Convenio de Bruselas. Posteriormente el reglamento 44/2001 entrará a regular más específicamente esta materia. Este reglamento sustituirá al Convenio de Bruselas de 1968, así como a diversos convenios bilaterales, en aquellos casos previstos por sus artículos 68 y 69 fundamentalmente.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y la relevancia de los citados artículos 61c) y 67 se suceden una serie de reglamentos que persiguen llevar a cabo dichos fines, así por ejemplo encontramos los Reglamentos del Consejo nº 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; nº

1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes, n° 1348/2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, n° 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil y el de mayor trascendencia, Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

Este último es de gran relevancia en la materia. El Reglamento n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, fue elaborado por el Consejo, teniendo en cuenta los artículos 61.c) y 67 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, así como los dictámenes elaborados por el Parlamento Europeo y el Comité Económico Social y previa propuesta de la Comisión. Con este reglamento, también conocido como Bruselas I, se pretende la libre circulación de resoluciones utilizando los mecanismos del reconocimiento y la declaración de ejecutividad. Se entiende por el Reglamento como “resolución” cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere, tal como: auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución. La decisión extranjera no puede nunca ser objeto de una revisión de fondo. Se establecen en los artículos 27 y 28 expresamente tasadas ciertas causas por las se denegará el reconocimiento de una resolución.

La declaración de ejecución de una resolución debería producirse de manera prácticamente automática tras un mero control formal de los documentos presentados, sin que el tribunal pueda invocar de oficio ninguno de los motivos de denegación de la ejecución previstos por el reglamento. Este reglamento no contempla el ámbito fiscal, aduanero ni administrativo, ni lo referente al estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones; quiebras; Seguridad social o arbitraje.

En los días 15 y 16 de octubre de 1999 el Consejo Europeo había celebrado una sesión especial Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, en la que se aprobó el principio de reconocimiento mutuo. Se cita textualmente, “el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales.” así como diversas decisiones de las autoridades judiciales.” Así mismo, este texto señala que, “El Consejo Europeo pide al Consejo y a la Comisión que adopten, a más tardar en diciembre de 2000, un programa de medidas para llevar a la práctica el principio del reconocimiento mutuo. En dicho programa, también deberá emprenderse una labor en torno al Título Ejecutivo Europeo y a los aspectos del Derecho procesal con respecto a los cuales se considera necesario contar con normas mínimas comunes para facilitar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros.” Este Programa conjunto de la Comisión y el Consejo se adoptó por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 distingue cuatro ámbitos diferenciados, entre ellos el del Reglamento 44/2001, que comprende la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, con

tres etapas progresivas. Una primera etapa referida a la creación del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; la simplificación de los litigios de menor cuantía; y, la supresión del exequátur para la materia de alimentos; y una segunda, destinada a la ampliación de la supresión del exequátur a la ejecución provisional, y medidas cautelares, incluidos los embargos de activos bancarios, y por último, una tercera etapa, para la supresión del exequátur en los ámbitos del Reglamento “Bruselas I”.

Se sucedió pues, otro Reglamento, nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, cuyo artículo 1 establece como finalidad “crear un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, que permita, mediante la fijación de normas mínimas, la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para el reconocimiento y ejecución.”

El 13 de diciembre de 2007 se firmó el Tratado de Lisboa que, tras un complejo proceso de ratificación, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Se dio tras el fracaso de Tratado Constitucional de 2004 para hacer una modificación del Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, texto que pasó a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa modifica y refuerza el papel de las instituciones europeas y dota éstas de un carácter más democrático. Tras su entrada en vigor el objetivo prioritario de la UE es la creación de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Se establece la integración europea como aspiración, para la cual, teniendo en cuenta las dificultades de armonización de los distintos derechos nacionales, las instituciones de la UE, así como los Estados miembros deben asumir funciones de organización y coordinación para lograr un buen funcionamiento interno en lo que denominamos espacio judicial europeo.

FUENTES:

Rodriguez Vazquez M^a Angeles “Algunas reflexiones sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”

Anuario de derecho europeo, ISSN 1579-1750, Nº. 2, 2002 , págs. 329-352 Nombre autor?

D. Landau George. “El informe Tidenmans sobre la Unión Europea”. Revista Integración Latinoamericana. Enero-Febrero 1977. p. 38-40.

Alvarez Rubio J. José “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”.Revista electrónica de estudios internacionales, ISSN-e 1697-5197, Nº. 15, 2008.

Alvarez-Palacios Arrighi Gabriela Isabel “Las libertades fundamentales reconocidas por la UE

especial referencia a la sentencia Gebhard” .Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988X, Nº 12-13, 1994-1995 , págs. 43-70. Autor?

Soto Moya Mercedes “La libre circulación de las personas como concepto ambivalente”
Revista española de derecho internacional, 2008, pp. 163-178

Borja Suárez Corujo, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini. “Libre circulación de personas y ciudadanía social: ¿cabe imponer barreras al turismo social?”. Madrid: Fundación Alternativas, 2009. ISBN 978-84-92424-86-3

Julien de Cruz “Attribution du nom et citoyenneté européenne : le droit international privé des Etats Membres remis en question par le droit communautaire” Blog du Master d’Etudes bilingues des droits de l’Europe de l’Université Paris Ouest Nanterre. 13/06/2008.

3. El principio de reconocimiento mutuo

El principio de reconocimiento mutuo permite que las distintas normativas estatales de los Estados miembros de la UE sobre una misma materia no sean un obstáculo para la eficacia y ejecución de las resoluciones judiciales en todo el territorio comunitario. Este principio es la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal. Uno de los objetivos de la UE consiste en la creación de un sistema basado en la confianza mutua entre los Estados miembros, lo que va unido a la necesidad de armonizar sus normativas. Se pretende llegar a un único espacio judicial con una eficacia parecida a la del ámbito interno.

Para poner en práctica este principio es necesario un reparto de competencias entre el Estado donde se dicta la resolución y el Estado destinatario. El primero decide el alcance de la cosa juzgada y si la decisión es o no ejecutiva, el segundo materializa sus efectos acorde a su normativa interna.

El principio de reconocimiento mutuo supone el fin de un control adicional, procedimiento puesto en práctica tradicionalmente, llamado exequátur, que consistía en que, de conformidad con la normativa de un estado, se comprobaba si una resolución judicial extranjera reunía o no los requisitos que permitían su homologación, pudiendo reconocerla y cumplirla en un Estado distinto de aquel en el que se dictó. La supresión de esto provocó rechazo ya que al exequátur estaba vinculado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 Carta DFUE) pudiendo llegar, con la supresión de este procedimiento, a una vulneración del mismo. El derecho a la tutela judicial efectiva es parte obvia de los litigios internacionales donde hoy se proyecta el principio de reconocimiento mutuo. Esto se combate con el fomento de la confianza mutua entre Estados ya que se da por supuesto que el país de origen ha observado las normas de procedimiento mínimas.

La cooperación judicial civil aparece como objetivo en el art. 67.4 TFUE: “La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”. Este concepto se desarrolla en el art 81.1 TFUE de la siguiente manera: “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

Fue en el Consejo Europeo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de Octubre de 1999 sobre la creación de espacio de libertad, seguridad y justicia donde se enunció este principio como base de la cooperación judicial en la UE. Son las conclusiones 33, 34, 35 y 36 las que lo asientan.

Bajo el título de “Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”, el punto 33 expone que para conseguir la máxima protección de los derechos individuales y una mayor cooperación entre las autoridades hace falta un reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales dictadas en el territorio de la UE. Es por ello que define este principio como “la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión”.

El punto 34 reivindica la desaparición de las medidas intermedias en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y sentencias dictadas en determinados casos de materia civil. Supresión que supondría el reconocimiento inmediato de estas resoluciones sin que sea necesario el inicio de un procedimiento para ello.

Por otro lado, la conclusión 35 del Consejo de Tampere habla de la idoneidad de que sean ratificados los Convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996 apuntando a que debería desaparecer el proceso de extradición formal en los casos de las personas que eluden la justicia debiendo sustituirse por el mero traslado de éstas. Además, aconseja la creación de procedimientos acelerados de extradición.

La conclusión 36 habla de lograr una mayor agilidad en la fase de obtención de pruebas y embargo de bienes que puedan trasladarse fácilmente. También aconseja la admisibilidad en todos los Estados miembros de las pruebas obtenidas en otro Estado miembro sin perjuicio de las normas internas de cada uno.

Finalmente el punto 37 plantea al Consejo y a la Comisión la creación de medidas que lleven a la realidad el principio de reconocimiento mutuo siguiendo normas mínimas comunes que respeten los “principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros”.

El denominado Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Es una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia que continuó con lo ya dicho en Tampere. Hay que citar referencia DOUE

Fue adoptado en el Consejo Europeo del 4 y 5 de noviembre de 2004 y explicaba las diez prioridades de la Unión Europea dirigidas a reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los cinco años siguientes.

Estos diez objetivos consistían en: Reforzar los derechos fundamentales y la ciudadanía, la lucha contra el terrorismo, definir un enfoque equilibrado sobre la inmigración, elaborar una gestión integrada sobre las fronteras exteriores de la Unión, establecer un procedimiento común en materia de asilo, maximizar las repercusiones positivas de la inmigración, encontrar el equilibrio adecuado entre la protección de la vida privada y la seguridad al compartir información, elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada, compartir las responsabilidades y velar por la solidaridad y garantizar un auténtico espacio europeo de justicia. Este último punto, se basa en fomentar la confianza mutua entre los Estados miembros a través de normas procesales mínimas que garanticen el acceso a la justicia y así poder obtener y ejecutar decisiones

judiciales en todo el territorio. Además, se llevaron a cabo consultas acerca de las decisiones en materia civil sobre patrimonio familiar, sucesiones, testamentos, etc. con el fin de crear nuevas propuestas legislativas al respecto.

En materia penal, se dijo que Eurojust es el instrumento ideal para el correcto funcionamiento de la cooperación judicial entre Estados.

Eurojust se creó por la Decisión 2002/187/JHA del Consejo que fue modificada posteriormente por la Decisión 2009/426/JHA del Consejo, de 16 de diciembre de 2008. Es un instrumento de cooperación y coordinación utilizado para garantizar la eficacia de las autoridades de los Estados miembros en materia de investigación y persecución de las formas graves de delincuencia organizada y transfronteriza.

Su sede está en La Haya y cada Estado miembro nombra a un representante de alto nivel para trabajar en ésta. Estos representantes coordinan a las autoridades nacionales en sus investigaciones. Igualmente, tienen la tarea de resolver los conflictos surgidos entre la normativa de los Estados miembros. Además, las Secretarías de la Red Judicial Europea, la Red de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y la Red de Equipos de Conjuntos de Investigación.

Finalmente, en el Programa de la Haya se enumeraron medidas para el fomento de un espacio europeo real de justicia tales como “el apoyo de la Unión a las redes de organizaciones e instituciones judiciales, la evaluación de la calidad de la justicia, una comunicación sobre la formación judicial en la Unión Europea y seminarios encaminados a fomentar la cooperación entre los profesionales del Derecho.”

El Programa de Estocolmo tiene los mismos objetivos que el de La Haya y Tampere pero recoge cuestiones que se pretenden conseguir antes del 2014. Citar referencia completa

En cuanto al reconocimiento de resoluciones judiciales, el segundo objetivo que enumera bajo el nombre de “Una Europa de la justicia” recuerda la intención de lograr “un espacio europeo de justicia en toda la UE” que proteja eficazmente los derechos de los ciudadanos a través de la cooperación judicial y el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales civiles y penales. Aboga por el uso de las nuevas tecnologías para conseguir un resultado más inmediato así como al establecimiento de normas procesales mínimas comunes para lograr un ambiente de confianza mutua, cuestión ya comentada en otros acuerdos secundados por los Estados miembros. Finalmente, desde un punto de vista exterior, también debe ser un objetivo claro el crear un “entorno jurídico seguro” donde llevar a cabo las relaciones con los países no pertenecientes a la UE.

Por su parte, el Reglamento (CE) 44/2001, de 22 diciembre relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil recoge la esencia del principio de reconocimiento mutuo. Así expone en su primer punto el objetivo de conseguir un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de un ámbito de libre circulación de personas. Aquí las medidas en el ámbito de cooperación judicial en materia civil son necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior. Son indispensables unas disposiciones unificadoras de las normas sobre conflictos de jurisdicción en el ámbito privado para poder simplificar los trámites del proceso y la ejecución de la resolución. También se aboga por los principios de

subsidiariedad y proporcionalidad dejando claro que existe una incapacidad de alcanzar los objetivos por los Estados parte individualmente siendo necesaria la cooperación comunitaria limitándose el Reglamento a lo necesario para alcanzar dicha meta salvo que se trate de materias específicas. Para ello son necesarias reglas de competencia judicial, de reconocimiento y ejecución que sean determinadas por un instrumento jurídico comunitario vinculante y directamente aplicable. Se pretende, además, reducir al máximo los procedimientos paralelos y las resoluciones inconciliables creando mecanismos para resolver casos de litispendencia y conexidad obviando, por otro lado, los problemas de las divergencias nacionales sobre la fecha.

Tanto el Convenio de Bruselas de 1968 como el de Lugano de 1988 mencionan la necesidad de reconocer resoluciones judiciales a nivel europeo en materia civil y mercantil.

Desde otro punto de vista, otro acuerdo de la UE que promueve el mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales, entre otras cuestiones, es el Acuerdo de Schengen. Fue firmado en 1985 y está en vigor desde 1995. Su objetivo es suprimir los controles fronterizos dentro del llamado “espacio de Schengen” y armonizar los controles fronterizos externos. También pretende establecer medidas de colaboración policial y judicial y armonización de legislación en materia de visados, estupefacientes, armas y explosivos. Son parte del acuerdo la mayoría de los Estados miembro de la UE, exceptuando Bulgaria, Chipre y Rumanía. También forman parte del mismo terceros estados como Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

El Capítulo II del Título III dedicado a la seguridad recoge los aspectos referentes a la asistencia judicial en materia penal y el Capítulo V del mismo Título hace hincapié en la transmisión de la ejecución de sentencias penales.

Por otro lado, un buen ejemplo de la eficacia del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal se manifiesta en la Euro-Orden, siendo éste uno de los fundamentos jurídicos en los que se basa este instrumento.

Esta medida fue creada para reducir los problemas de la extradición ya que es un cauce que la hace desaparecer y aligera claramente el proceso de entrega de personas por parte de un Estado miembro a otro. El objetivo es que esta orden sea prácticamente automática ya que se trata de que no sea valorada subjetivamente por el Estado reclamado y así no sea denegada.

Fue enunciada en la Decisión de 13 de junio de 2002 del Consejo de Ministros de Justicia e Interior, y en España fue aprobada definitivamente por la Ley 3/2003, de 14 de marzo y publicado en el B.O.E. núm. 65, de 17 de marzo.

La Euro-Orden es una resolución judicial penal a través de la cual un Estado reclamante pide a un Estado reclamado, miembros ambos de la UE, la entrega de una persona de la que ha de existir, por lo menos, la sospecha de que se encuentra en el territorio del Estado reclamado. Puede emitirse para ejercitar acciones penales cuando los hechos perseguidos tengan una pena o medida de seguridad de doce meses o más. Otro de los objetivos de esta resolución puede ser el del cumplimiento de una pena de cárcel de 4 meses o superior. Es el Tribunal que haya conocido la causa el competente de emitir la orden que ha de ser redactada en el idioma del país al que va destinada o en cualquier otra lengua que éste autorice. La ley 3/2003 recoge en un anexo un “Formulario” de

“Euro-Orden”, que facilita la redacción del documento por los Jueces competentes de nuestro país.

La orden ha de ser enviada al Estado destinatario a través de un medio fiable que deje constancia escrita y así pueda ser constatada su autenticidad. Finalmente, ha de adjuntarse una copia de la misma al Ministerio de Justicia.

Desde una perspectiva mercantil, el principio de reconocimiento mutuo permite la no modificación de las legislaciones internas de los Estados miembros en materia de libre circulación de mercancías y servicios. De este modo, la venta de productos legalmente fabricados en un Estado no puede estar prohibida en otro Estado miembro aunque las condiciones técnicas o cualitativas sean diferentes a la de los productos propios. El único límite a este principio se encuentra en la protección de la salud, consumidores o medio ambiente donde se aplican condiciones estrictas. Se pretende garantizar siempre el principio de subsidiariedad del derecho europeo prevaleciendo las normas del Estado miembro de origen ya que el objetivo no es la creación de una normativa detallada a escala comunitaria, sino respetar la diversidad de los productos y servicios siendo el principio que nos ocupa una manera de potenciar la integración económica desde un punto de vista práctico.

4. Europeización del Derecho internacional privado

Introducción y breve concepto. Funcionamiento del derecho privado como estructura necesaria para la realización de libertades comunitarias.

Según Pierre Muller, “la noción de europeización designa el conjunto de mecanismos por los cuales las instituciones, las políticas públicas y las representaciones de la realidad son afectadas por el proceso de construcción europea.” La Europeización por lo tanto concierne a diversos aspectos, económico, político y social. Debido a la naturaleza dinámica del fenómeno a tratar, no contamos con una definición aceptada de manera unánime, es un concepto sujeto a interpretaciones.

No obstante el término “Europeización” podemos identificarlo con lo que se ha denominado “Cooperación judicial en materia civil”. Se persigue mejorar y aumentar la colaboración entre las autoridades de los Estados Miembros, eliminando las incompatibilidades entre los diferentes sistemas judiciales y administrativos. Se trata no tanto de unificar sino de armonizar los distintos derechos de los Estados Miembros para entre otras cosas, garantizar una tutela judicial efectiva a sus ciudadanos.

En esta materia son relevantes los artículos 65 del TCE y fundamentalmente el artículo 81 del TFUE. Este último señala que “*la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.*»

El 81.2 basa el proceso de cooperación en materia civil, en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales así como en la facultad de adoptar medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias por parte de los Estados miembros. El reconocimiento mutuo supone la supresión del control de exequátur en el Estado requerido y en la confianza de que en el país de origen haya observado las normas materiales mínimas relativas a la garantía del derecho de defensa.

En este artículo 81 TFUE se amplía lo ya recogido por el 65 TCE. Si bien es cierto que ambos fijan como objetivo el establecimiento de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en el TFUE se entiende necesario desarrollarlo y sistematizarlo de una manera más específica. Se consolida el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, como objetivo primordial y se distingue con más firmeza que en el TCE de la idea de Mercado. A su vez, el reconocimiento de la Ciudadanía europea contribuye en este ámbito a entender este Espacio como ámbito de aplicación de normas más enfocadas en los intereses de las personas. Esta mayor atención al ciudadano, se traduce fundamentalmente en el establecimiento por un lado, de garantías de acceso a la justicia así como de contar con la posibilidad posteriormente de hacer ejecutables las resoluciones obtenidas, y por otro, del establecimiento de métodos y desarrollos que hagan eficiente dicha cooperación civil por parte de los Estados.

En cuanto a las posibles materias a regular, no se da una lista tasada por lo que de los artículos 67.4 y 81 TFUE se deduce que existe fundamento de competencia comunitaria para regular sectores en los que ya existen desarrollos normativos importantes, como la notificación y el traslado de documentos o la obtención de pruebas. Esta base se amplía para el desarrollo de métodos alternativos de solución de controversias. El hecho de que no exista una delimitación fijada de las materias en las que las instituciones pueden intervenir puede interpretarse como una cierta libertad de obrar de éstas, siempre que lo que se pretenda sea consolidar un Espacio judicial Europeo.

Armonización / Unificación

El intento de unificación es una iniciativa fundada en parte en palabras de Lepaulle escritas en la revista Harvard Law Review al final de la gran guerra:

“las divergencias legislativas causan otras divergencias que de forma de consciente generan, poco a poco, esas incomprensiones y entre naciones que acaban con sangre y desolación”.

Ahora en la época actual no obedecen a ese móvil pacifista sino que están más encaminadas a cubrir necesidades de un mercado común único y sin barreras con el esfuerzo de armonizar el derecho privado de cada uno de los miembros.

Por tanto, se ajusta más armonizar y no unificar puesto que sin nos fijamos en la definición que nos da el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua podemos comprobar que son términos distintos siendo el de armonizar el que encaja mejor en este hecho actual tal vez no sea así en un futuro.

Unificar sería: hacer de muchas cosas una o un todo uniéndolas, mezclándolas o reduciéndolas a una misma especie; en cambio *armonizar* sería: poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo.

Por tanto para unificar tendría que hacerse un derecho civil común un todo igual, en cambio armonizando basta que las normas de estos ordenamientos dentro de un ente como es la Unión Europea convivan sin rechazarse o discuerden los unos con los otros.

Para llevar a cabo esta armonización la Unión Europea lo hace a través de los instrumentos siguientes:

- **Las Directivas** (art. 189 TCE): Una Directiva europea establece los objetivos que deben lograr los Estados miembros, dejándoles elegir los medios para hacerlo. La Directiva puede ir dirigida a uno, varios o todos los Estados miembros. Para que los principios en ella establecidos surtan efecto para los ciudadanos, el legislador nacional debe adoptar una norma de derecho interno que conforme el ordenamiento jurídico nacional a los objetivos de la Directiva. La Directiva fija una fecha límite para la transposición al Derecho nacional. Los Estados miembros cuentan con un margen de maniobra que permite tener en cuenta sus peculiaridades nacionales. La transposición tiene que realizarse dentro del plazo que marca la Directiva. La Directiva se utiliza para armonizar las legislaciones nacionales, por ejemplo en temas relacionados con el mercado único (normativas sobre seguridad de los productos, etc.).

- **Medidas nacionales de trasposición**: Por Medidas Nacionales de Transposición se entiende uno o varios textos que aprueba oficialmente un Estado miembro para incorporar lo dispuesto en una Directiva a su propio ordenamiento jurídico.

Como no cualquier texto que se remita a la Secretaría General constituye necesariamente una auténtica "transposición", los Servicios de la Comisión Europea efectúan un examen previo._

- **Reglamentos** (288 TCE): Un Reglamento es un acto legislativo vinculante. Debe aplicarse completamente en toda la UE. Por ejemplo, cuando la UE quiere proteger las **denominaciones de productos agrícolas**. Desde la entrada en vigor del tratado de Ámsterdam se ha optado por la técnica Reglamentaria que ha tenido una gran éxito con Reglamentos como el 44 /2001.

- **Convenios internacionales** (art. 220 TCE):, a través de estos acuerdos internacionales los países se ponen de acuerdo en poner normas en común.

- **Decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**: sus decisiones marcan jurisprudencia en los tribunales de los estados miembros y marcan además la obligación de adecuar sino están ya adecuadas esas las normas y leyes estatales a las decisiones adoptadas por el TJUE.

Anteriormente y en virtud del art. 293 TCE los Estados miembros podían celebrar Convenios complementarios de derecho internacional privado. A su vez, a través del título IV del Tratado de Ámsterdam, la UE asumía la competencia para legislar en materia de derecho internacional privado. Así, una vez la UE legislara un determinado punto, la competencia dejaba de ser estatal para ser comunitaria y su fuente sería el derecho derivado. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los Estados ya no pueden celebrar convenios al margen de la propia organización y es el Reglamento el instrumento al que se recurre para hacer normas de derecho internacional privado.

En el ámbito civil y mercantil y debido a la alta demanda por parte de los empresarios de recurrir a normativa armonizada para poder llevar a cabo su actividad en todo el territorio de la UE perjudicándoles el que cada país tuviera su propia normativa de derecho privado, afloraron las Directivas de armonización en diferentes materias como protección de consumidores, protección de datos personales frente al uso de la informática, contratos de agencia, multipropiedad, contratos de seguro, responsabilidad derivada de productos defectuosos, comercio electrónico, lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, etc. Ello ha provocado que nos encontremos con una larga lista normativa difícil de sistematizar siendo complicada, en ocasiones, la compatibilidad de ésta con el Reglamento de Roma I además de las diversas formas en que los Estados miembros las acogen y su tardanza en hacerlo son también obstáculos que llevan a pensar que el Reglamento es un mecanismo mucho más eficaz que la Directiva.

Es en el Tratado de Ámsterdam se recoge la normativa necesaria para el nacimiento de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia común. Entró en vigor en 1999 y en su Título IV sobre “Visados, asilo, inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas” se pretende crear un espacio con un derecho internacional privado de la UE. Además, también se quiere promover el buen funcionamiento del mercado interior. Se incluyen puntos como la mejora y simplificación de las notificaciones transfronterizas, la cooperación en la obtención de pruebas, el reconocimiento y ejecución de resoluciones, el fomento de la compatibilidad de la normas de conflicto de leyes y de jurisdicciones, o la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se quiso profundizar mucho más en la europeización del derecho privado atendiendo a la tutela judicial efectiva basada en el principio de reconocimiento mutuo.

Finalmente, el art. 65 TCE sienta las bases para una mayor cooperación civil que atraviese las fronteras y recoge los mecanismos a través de los cuales ocurra una consolidación del espacio judicial europeo.

Por otro lado, hemos de saber que es el TJUE el encargado de interpretar, de manera vinculante, las normas de la UE para así tener una normativa uniforme siendo ya extensa su jurisprudencia al respecto.

El art. 26 TUE plasma la posibilidad de que todos los Reglamentos de la UE sean interpretados vinculantemente por el TJUE. Además, desde 2008 existe un procedimiento para atender rápidamente cuestiones prejudiciales que se presenten de forma urgente. El objetivo de ello es reducir el tiempo que se dedica a examinar las cuestiones relativas a la interpretación del antiguo Título IV del TCE y del viejo Título IV del TUE. Este procedimiento viene recogido en el art. 23 bis del Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia.

FUENTES:

1. Closa Montero Carlos “La europeización del sistema político español.” España. Ediciones Istmo.2001. ISBN: 84-7090-420-5

2. Aguilar Fernandez Susana. “Efectos y mecanismos de la europeización : reflexiones en torno a la política medioambiental española” Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003
3. Monica Guzmán Zapater “Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?” Diario La Ley, N° 7479, Sección Doctrina, 30 Sep. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY 8435/2010
4. Luis Moreno y Amparo Serrano Pascual “Europeización del Bienestar y activación **WelfareEuropeanization?** and Activation.” Política y sociedad, 2007 44 (2), p. 31-44 Editor: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense.
5. -http://ec.europa.eu/eu_law/directives/directives_es.htm (para las directivas y medidas nacionales de trasposición)
6. -http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/legal-acts/index_es.htm (para reglamentos)
7. Harvard Law Review, volum.35(1921.1922)p 857

II. Base normativa de la europeización del Dipr:

1957: Tratados de Roma crean la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (ERATOM).

1968: Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Es el primer convenio de derecho internacional privado que se celebró en el ámbito de la entonces Comunidad Europea, cuya base normativa se encuentra en el artículo 220 del TCE en la versión original de 1958. El Derecho Internacional privado de la Unión Europea tenía carácter complementario,

1980: Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Fue la plasmación normativa de la necesidad de construir en relación con los contratos internacionales un sistema que fije la ley aplicable a esos contratos con independencia del país de la Unión cuyos tribunales conocieran del asunto.

1988: Convenio de Lugano que pararelo al de Bruselas de 1968. Se hace para que a Suiza, Noruega e Islandia se le aplique el régimen jurídico del convenio de Bruselas debido a que eran Estados europeos pero que no formaban parte de la UE.

1992: Tratado de la Unión Europea (Maastricht). En su Título VI relativo a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior decía que para la realización de los fines de la Unión y, en particular, la libre circulación de personas, los Estados consideraban de interés común, entre otras materias, la cooperación judicial en materia civil (artículo K.1.6). En relación con dichas materias el Consejo podía adoptar una serie de medidas, entre las que figuraba la posibilidad de celebrar Convenios recomendando su adopción a los Estados miembros.

La Unión Europea creada engloba pero no sustituye a la Comunidad Europea. La Comunidad Europea, junto con la CECA y el EURATOM, forman el “pilar comunitario” o “I Pilar” de la Unión; la Cooperación en Política Exterior y de Seguridad Común es el “II Pilar” y la Cooperación en Asuntos Justicia e Interior el “III Pilar”.

1997: Tratado de Ámsterdam. "Comunitarizó" la cooperación judicial en materia civil, ésta pasó del ámbito de la cooperación intergubernamental (derecho complementario) en que la situó el Tratado de Maastricht, al ámbito comunitario (derecho derivado de la Unión). Ahora se regula en el Título IV TCE, que dice en su art. 61, letra c), que a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Consejo adoptará medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65. En ese artículo, 65, se da el trasvase de competencia de los estados miembros a la Unión Europea para elaborar normas de Derecho Internacional Privado.

Tras el Tratado de Ámsterdam se habla de libre circulación de personas dentro de la Unión Europea y por tanto se dan normas de derecho internacional privado para potenciar esa libertad. Se pretende conseguir la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo (la quinta libertad), que la sentencia que dicte un juez de un estado miembro de la Unión pase al resto estados como si la hubiera dictado el país en el que se ejecuta.

2007: Se firma el Tratado de Lisboa en vigor desde el 1 de diciembre del 2009. El artículo 65 TCE es sustituido por el artículo 81 TFUE que profundiza en lo que es la cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza y apuesta por la consolidación del espacio judicial europeo.

Desde el Tratado de Lisboa ya no hay Comunidad Europea sino Unión Europea. Pasamos de hablar de comunitarización a europeización del derecho internacional privado. Lo legisla la Unión Europea y por ello los estados pierden competencias, pierden soberanía. Se crea un espacio judicial europeo.

Dentro la europeización no todos los estados tienen la misma postura. Tres Estados, Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, son más reacios a aceptar perder soberanía

+ Dinamarca no participa del proceso que se da desde 1998 con el Tratado de Ámsterdam en la europeización del DIP. Lo negó porque era ceder su soberanía en una materia sobre la que quería seguir teniendo competencia. Dinamarca era un país euroescéptico, sin embargo se ha dado cuenta de que quedarse fuera de la europeización le ha acarreado perjuicios sobre todo en el ámbito del DIP patrimonial. Cada vez que Dinamarca desea participar en un acto de origen europeo, debe celebrar un Acuerdo con la UE. Así ha sucedido en dos ocasiones hasta el momento: Reglamento (CE) 44/2001 y Reglamento (CE) 1348/2000.

+ Reino Unido e Irlanda: Su postura respecto a la europeización es la *opting in*. Pueden decidir en el momento de que se elabora un texto si se someten a él o no.

La europeización del derecho internacional privado se lleva a cabo a través de reglamentos. Son actos legislativos vinculantes, unifican normas y son obligatorios para todos los estados miembros de los mismos desde que tienen publicación en el diario oficial.

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL TÍTULO IV

El Derecho Internacional Privado era una materia regulada en el Derecho de la primigenia Unión Europea (en adelante UE), aunque de forma prácticamente residual. Si bien durante esta primera etapa predominaban las fuentes de origen intergubernamental, en etapas posteriores el Derecho Internacional Privado ha ido adquiriendo en el seno de la UE un peso específico propio.

Esta evolución responde a que, para garantizar un correcto funcionamiento del mercado interior, es necesaria la creación de un nuevo espacio judicial europeo que armonizara el Derecho Internacional privado de los distintos Estados miembros. Así, tras el Tratado de Ámsterdam, se habla de “comunitarización del Derecho Internacional Privado” y el proceso culmina con el Tratado de Lisboa, donde se sustituye la denominación “Comunidad Europea” por “Unión Europea” y así hoy se habla de “europeización del Derecho Internacional Privado”.

El primer paso de este proceso fue unificar las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros en materia patrimonial a la vez que se eliminaban los obstáculos en el sistema de reconocimiento y ejecución. Así se consiguió establecer un sistema de libre circulación de decisiones judiciales.

El Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial internacional y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, es fruto de esta iniciativa. Este convenio es Derecho complementario, los Estados tenían libertad para incorporarse al convenio y establecer reservas.

El siguiente paso importante en el proceso de europeización del Derecho Internacional Privado se produce en 1992, con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Maastricht) . Del TCE cabe destacar el Título IV, cuyo objeto es la cooperación en materia de justicia interior. Se profundiza por tanto en materia de Derecho Internacional Privado pero habrá que esperar hasta 1997, a la llegada del Tratado de Ámsterdam, para llegar a la comunitarización del Derecho Internacional Privado ya que hasta este momento, este sector del derecho se nutre de fuentes complementarias.

TÍTULO IV DEL TRATADO DE ÁMSTERDAM (ART. 61-69 TCE)

El Tratado de Ámsterdam modifica el TCE introduciendo en el Título IV una novedad que constituye un paso fundamental en la creación del espacio judicial europeo: se establece el objetivo de elaborar un Derecho Internacional Privado propio de la Unión Europea.

A pesar de todo, la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, no supuso la desaparición de las fuentes del Derecho Internacional de carácter intergubernamental (convenios). Esto se explica por la convivencia del Título IV y el artículo 293 en el TCE. El artículo 293 permitía que los Estados miembros celebraran entre sí convenios complementarios en materias de Derecho Internacional privado, y a su vez el Título IV configura el traspaso de competencias hacia la CE de tal manera que una vez que la

Comunidad había legislado sobre una materia concreta, esta pasaba a ser competencia de la CE y dejaba de ser competencia estatal.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa) persiste la dualidad de fuentes, así el Derecho Internacional de la UE desde el Tratado de Ámsterdam hasta el Tratado de Lisboa está formado por Derecho intergubernamental y Derecho institucional.

El Título IV TCE (artículos 61 a 69) plasma un trasvase de competencias en materias de Derecho Internacional Privado desde los Estados miembros hacia la CE. El Derecho Internacional Privado elaborado por la CE será el derecho de base comunitaria, esto es Derecho derivado, aplicable en los Estados miembros sin necesidad de adhesión o ratificación. El instrumento escogido para ello es el Reglamento.

La primera consecuencia del nuevo marco normativo es que pasa a ser competencia comunitaria la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, en los términos del art. 65 TCE, que menciona expresamente el reconocimiento y la ejecución de decisiones y “los conflictos de leyes y de jurisdicción”. De modo que se modifica de manera notable la situación previa, en la medida en que de ser utilizable el que era en la versión anterior al Tratado de Ámsterdam el art. 220 TCE (que subsiste, convertido en el art. 293 TCE) para elaborar normas de alguna de esas categorías, las eventuales actuaciones quedarían fuera del ámbito comunitario en sentido propio, al continuar siendo las negociaciones en el marco del mencionado art. 220 (y la posible participación en convenios internacionales) competencia de los Estados miembros .

Desde el Tratado de Ámsterdam ya se puede hablar de comunitarización del Derecho Internacional Privado.

El artículo 65 TCE incluye una serie de materias que serán objeto de regulación por parte de la CE “en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”, concretamente en lo referente a la mejora y simplificación de notificaciones y documentos judiciales y extrajudiciales y obtención de pruebas, en el reconocimiento y ejecución de resoluciones, armonización de las normas de conflicto de leyes y jurisdicción, y en la eliminación de obstáculos para el buen funcionamiento de los procedimientos civiles.

Artículo 65 TCE: “Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: a. Mejorar y simplificar:

◦El sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;

◦La cooperación en la obtención de pruebas;

◦El reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;

b. Fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción.

c. Eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.”

La finalidad de este artículo es ayudar a limar los obstáculos que impiden el acceso efectivo a la tutela judicial de los ciudadanos europeos acceder a procedimientos judiciales que se sustancien en otro Estado miembro distinto al suyo.

El derecho a la libre circulación de personas, servicios y capitales, da lugar a la aparición de litigios transfronterizos entre los diferentes Estados miembro. Este derecho es introducido por el artículo 14 TCE y por el artículo 18 TCE.

El artículo 65 TCE introduce medidas para que un ciudadano de la Comunidad Europea pueda ser parte ante los Tribunales de otro Estado miembro con las mismas garantías y derechos que los nacionales de dicho Estado.

Las materias que pueden comprenderse dentro del artículo 65 TCE es una cuestión polémica. Este artículo no establece unas bases generales para la regulación del Derecho Internacional Privado en el seno de la CE. Según Ch. Kholer la CE únicamente podrá regular cuestiones de Derecho Internacional privado necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior .

En el TCE se deja constancia expresa de la necesidad de reforzar la uniformización de las normas sobre ley aplicable de los sistemas nacionales de D.I.Pr., y en esa medida el nuevo Título IV de la Tercera Parte TCE representa un progreso, al señalar que la falta de compatibilidad “de las normas sobre conflictos de leyes y jurisdicción” de los Estados miembros puede obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Las disposiciones introducidas en el TCE promueven el convencimiento de que en determinadas circunstancias, las competencias comunitarias comprenden la elaboración de normas de D.I.Pr. En los sectores del Derecho de familia y del Derecho de la persona (lo que representa un desplazamiento desde el llamado tercer pilar -art. K.3.2 TUE de la versión previa- al ámbito comunitario y refuerza el carácter supletorio y residual del mencionado art. 220 TCE -art. 293 TCE tras el Tratado de Ámsterdam-).

Sin embargo, lo que confirma la revolución que supuso el Tratado de Ámsterdam en el proceso de europeización del Derecho Internacional Privado, son los distintos reglamentos nacidos en el seno de la CE a raíz del Título IV TCE, que actualmente son derecho vigente.

Estos reglamentos son:

*Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

*Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

*Reglamento 1206/2001 de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

*Reglamento 2001/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de

responsabilidad parental. Reglamento 805/2004 de 21 abril 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

*Reglamento 1896/2006 de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

*Reglamento 861/ 2007 de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

* Reglamento 864/2007 de 11 julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”).

*Reglamento 1393/2007 de 17 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. Reglamento 592/2008 de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”).

*Reglamento 4/2009 de 18 Diciembre 2008, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación internacional en materia de alimentos.

2. Tratado de Lisboa: art. 81 TFUE

La comunitarización se completa con el Tratado de Lisboa. Si antes se apoyaba en el marco normativo del derogado Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (art. 65), tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se plasma en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Este Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea junto al Tratado de la Unión Europea, ambos modificados por el Tratado de Lisboa, pasan a ser el derecho originario de la UE. Desde el Tratado de Lisboa con la eliminación de la Comunidad Europea sustituyéndola por la Unión Europea la comunitarización pasa a denominarse europeización del derecho internacional privado.

La europeización se recoge en el art. 81 TFUE y elimina algunas de las críticas que se hacían al antiguo art. 65 TCE. Elimina la posibilidad de que los estados puedan celebrar convenios que afectan a materias que están en el ámbito competencial de la UE: esta posibilidad se recogía en el art. 293 TCE y no se eliminó con la comunitarización llevada a cabo por el artículo 65. Por lo que estábamos ante una situación en la que por una parte había normas comunitarias en materia de cooperación judicial en materia civil y por otra convenios entre los Estados miembros. Esta situación desapareció con el Tratado de Lisboa que no menciona la posibilidad de que los Estados miembros puedan celebrar convenios en el ámbito de cooperación judicial en materia civil. De esta forma se potencian los objetivos de seguridad jurídica y de armonización del mercado comunitario

CONTENIDO

A. Objetivos

1. Límites de las competencias de la Unión

Organiza y clarifica por primera vez las competencias de la Unión. Distingue tres tipos de competencias:

Competencia exclusiva: en ámbitos en los que únicamente la Unión puede legislar, mientras que los Estados miembros se limitan a aplicar la legislación europea

Competencia compartida: en ámbitos en los que los Estados miembros pueden legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en la medida en que la Unión no haya ejercido su competencia

Competencia de apoyo: en ámbitos en los que la Unión adopta medidas destinadas a apoyar o complementar las políticas de los Estados miembros. Además, las competencias de la Unión pueden ahora restituirse a los Estados miembros mediante una revisión del Tratado.

2. Desaparición de los pilares

a. Personalidad jurídica de la UE

El Tratado de Lisboa otorga a la UE personalidad jurídica propia. La Unión está facultada para firmar acuerdos internacionales en los ámbitos de competencia que tiene atribuidos o incluso para adherirse a una organización internacional. Los Estados miembros solo pueden firmar acuerdos internacionales que sean compatibles con el Derecho de la UE.

b. Espacio de libertad, seguridad y justicia

El Tratado de Lisboa completa la transferencia de los aspectos restantes del tercer pilar relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia (la cooperación policial y judicial en materia penal) al primer pilar. Su estructura intergubernamental desaparece al someter los actos jurídicos adoptados en este ámbito al procedimiento legislativo ordinario (mayoría cualificada y codecisión) y utilizar los instrumentos jurídicos de la Unión (reglamentos, directivas y decisiones).

B. Refuerzo de la democracia y de la protección de los derechos fundamentales

1. Democracia participativa

El Tratado de Lisboa enuncia los tres principios fundamentales de igualdad democrática, democracia representativa y democracia participativa. Este último adopta la forma de una nueva iniciativa ciudadana: un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número «significativo» de Estados miembros puede instar a la Comisión a que presente una propuesta legislativa.

2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales no se ha incorporado directamente al Tratado de Lisboa, pero el artículo 6, apartado 1, del TUE le atribuye carácter jurídicamente vinculante al concederle el mismo valor jurídico que los Tratados. Tal como precisa la propia Carta, esta no amplía las competencias de la Unión definidas por los Tratados. Un Protocolo introduce medidas específicas para el Reino Unido, Polonia y la República Checa en relación con excepciones a la posibilidad de acogerse a la Carta ante los tribunales nacionales.

3. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

La Unión se adherirá al CEDH cuando entre en vigor el Protocolo n° 14 de dicho Convenio, que permite no solo a los Estados, sino también a las organizaciones internacionales, convertirse en signatarios del Convenio. No obstante, el acta de adhesión ha de ser ratificada por todos los Estados miembros de la UE.

EL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

El art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sustituye al antiguo artículo 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE).

Es el único artículo perteneciente al capítulo III del TFUE, que se titula cooperación judicial en materia civil. Dice así:

“1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.

Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

a. el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;

b. la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;

c. la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;

d. la cooperación en la obtención de pruebas;

e. una tutela judicial efectiva;

f. la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;

g. el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;

h. el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión.”

El artículo 81 TFUE ofrece la base jurídica para la adopción de propuestas e iniciativas en el campo de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza.

No obstante este artículo 81 profundiza no sólo en lo que es la cooperación judicial civil, sino que amplía los mecanismos a los que según el tratado hay que atender para que el espacio judicial europeo se consolide.

EL ARTÍCULO 81 Y LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL

La cooperación judicial civil aparece como objetivo en sede del 67.4 TFUE, y desarrollada en el art. 81 TFUE.

En principio, este artículo sigue una línea de continuidad, tal vez de consolidación de lo previsto en su precedente, el tratado de Ámsterdam. Pero al profundizar en el contenido se puede observar la emergencia de un sistema de Derecho Internacional Privado diferente, marcado por la fuerte incidencia del principio de reconocimiento mutuo con una base competencial clara y más amplia que la vigente (art. 81.1) y muy preciso en sus contornos (art. 81.2), determinados éstos por su segura combinación con la armonización procesal material [art. 81.1 letra f)] y con la cooperación entre autoridades nacionales que van a actuar conforme a una suerte de deontología común art. 81.2 h).

Además, es previsible una cierta complementariedad entre el reconocimiento mutuo y normas de conflicto de jurisdicciones y conflicto de leyes uniformes art. 81.2 c)?, y finalmente queda sujeto a posible evaluación en su desarrollo por parte de la Comisión (art. 70).

El desarrollo de la libertad de circulación ha procesado un cambio sustantivo en los mecanismos tradicionales del Derecho Internacional Privado, en particular para las relaciones privadas intraeuropeas, al instaurar la sede de control de las decisiones contempladas en el país de origen de la decisión.

Podríamos decir entonces que existe un equilibrio entre continuidad e innovación que se puede contemplar en los siguientes elementos:

1. El primer elemento de cambio respecto a la regulación anterior reside en la propia caracterización de la noción de cooperación civil, especificándose en su contenido. El art. 67 TFUE con el que se abre el título V establece que:

«La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.»

En concordancia con éste, el art. 81.1 TFUE configura la cooperación civil en los siguientes términos:

«La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.»

Se puede apreciar una cierta falta de simetría entre ambos preceptos. Cabe no obstante, una lectura coherente si se afirma que el objetivo de la cooperación civil es facilitar la tutela judicial (art. 67.4) Objetivo que, vinculado con la optimización de la libre circulación de personas (por referencia al art. 3.2 TUE), presupone una adecuada protección judicial de los derechos derivados del ordenamiento comunitario: de los que se deriven a partir de ahora y de los ya existentes en materia civil. Al tiempo que el medio prioritario, o el cómo se puede articular esa adecuada protección, queda establecido: garantizando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil (art. 67.4 y 81.1 TFUE).

2. en el mandato de desarrollar una cooperación judicial civil se puede distinguir una transformación con respecto a lo que regulan los arts. 61 y 65 del Tratado de Ámsterdam.

El antiguo art. 65 instaba a promover una serie de medidas que podían fomentar la cooperación en materia civil (art.65.2.b y c). En cambio en el Tratado de Lisboa la intervención combinada de los arts. 67.4 y 81.2.e TFUE y la referencia específica a las

medidas para garantizar una tutela judicial efectiva hace exigible la garantía de determinar ámbitos de actuación. Se puede apreciar que fomentar y garantizar no son términos sinónimos e idénticos.

3. No se altera, sin embargo, el empleo del término judicial que acompaña a la noción de cooperación, que ya aparecía en el artículo 65 TCE. Este término es restrictivo y además ahora contradictorio, en relación con las medidas enunciadas por ejemplo en la letra a) (relativa al reconocimiento de resoluciones extrajudiciales) o en la letra b) (sobre notificación y traslado de resoluciones judiciales y extrajudiciales), o incluso c) si se entiende que la previsión de unificación de normas de conflicto de leyes trasciende obviamente de la esfera jurídica. En este sentido la denominación del Capítulo 3 no se corresponde con algunas de las medidas previstas en el art. 81 TFUE.

LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL

El desarrollo de la cooperación civil se prevé, como viene siendo hasta ahora, para las «situaciones con repercusión transfronteriza», exigencia expresada en el art. 81.1 TFUE y reiterada en el art. 81.3 TFUE para las «medidas relativas al Derecho de familia». Una precisión claramente orientada a restringir el campo de la intervención europea.

Se trata de una exigencia que establece la correspondencia con el ámbito de las normas reguladoras de la libre circulación de las personas. De este modo comprendería aquellas situaciones típicamente objeto del Derecho Internacional Privado, porque implican por la dispersión de sus elementos, el paso de fronteras nacionales o situaciones privadas vinculadas con dos o más sistemas jurídicos estatales. Quedarían excluidas por tanto las situaciones puramente internas.

Aún así no hay una regulación clara acerca de la aplicabilidad del Derecho internacional Privado Europeo a situaciones internacionales en las que aparecen involucrados nacionales de terceros estados establecidos en el territorio de un estado miembro, faltando o no quedando suficientemente acreditado el dato del paso de frontera intracomunitario. Esto da lugar a dificultades de interpretación que quedan por tanto a la discreción de la autoridad nacional.

La intervención comunitaria se veía limitada anteriormente por una condición adicional, que manteniéndose, pierde rigor en la redacción actual del art. 81.2 TFUE: la necesidad de que dicha intervención estuviera justificada cuando resulte necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior. Equivaldría a afirmar que no hay más medidas a adoptar que aquellas que sean necesarias para el funcionamiento del Mercado interior y, por consiguiente, esta lectura entraría en contradicción con cualquier esfuerzo por afianzar un Espacio de justicia europeo dissociado del Mercado.

Esta condición adicional, se mantiene, sin embargo, sin restricción alguna, en relación con el derecho de familia, conforme a lo estipulado en el art. 81.3 TFUE.

Como conclusión, si bien la competencia en materia de cooperación judicial civil se ha enajenado con el sistema general de atribución de competencias (codecisión y mayoría

cualificada), estas dos excepciones, determinan un procedimiento de decisión más rígido demostrando lo singular de este sector.

El ART. 81 la armonización /unificación del derecho privado europeo

El artículo 81 del TFUE es clave para la armonización del Derecho Privado Europeo, pues ésta se llevará a cabo a través de dicho artículo y de medidas de aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. incluyendo legislación sobre conflictos de leyes y de jurisdicción, el establecimiento de normas procesales que constituyan garantías mínimas comunes, la previsión de sistemas de ejecución sencillos y armonizados, y la generalización y automatización de la ejecución provisional.

Aquí cabría plantearse si el artículo 81 TFUE se convertirá en la base jurídica única para la adopción de medidas de armonización del Derecho Internacional Privado europeo o la Comisión seguirá utilizando el artículo 95 TCE, ahora convertido en el artículo 114 TFUE, cuando esa aproximación tenga por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Por supuesto, caben distintas opiniones al respecto y sólo con el tiempo se conocerá cómo lo utilizarán las instituciones europeas. Sin embargo, se considera poco probable, dadas la especificidad y amplitud del tenor del propio artículo 81, que la Comisión recurra al artículo 114 TFUE como base jurídica de sus propuestas.

EL ARTÍCULO 81 Y LA REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA

El TFUE en su artículo 81 se refiere a medidas de cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza necesarias, en particular, para el buen funcionamiento del mercado interior.

Para el buen funcionamiento del mercado común, la Unión Europea ha ido eliminando una serie de barreras jurídico-públicas, con el fin de garantizar las cuatro libertades de circulación (personas, mercancías, servicios y capitales) y de facilitar los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Sin embargo, la supresión de esas barreras no es suficiente para liberar completamente de trabas el comercio intracomunitario y mucho menos, para alcanzar un espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, también deben ser eliminados los obstáculos jurídico-privados.

En relación con los obstáculos jurídico-privados cabe distinguir dos supuestos: las situaciones privadas internacionales ya existentes y las situaciones privadas internacionales futuras.

En el primer supuesto, la situación jurídica privada controvertida de carácter transfronterizo fue creada en un Estado miembro y en ese país se habría decidido cuál era la ley aplicable. La solución de los Tratados a esta situación es el principio de reconocimiento mutuo conforme al cual una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros, con independencia de la ley nacional aplicada por la autoridad estatal que conoce del asunto.

El espacio de libertad, seguridad y justicia es un ámbito donde las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil dictadas en un Estado miembro tienen

validez y reconocimiento en todo el territorio de la Unión, obligando al Estado miembro donde deba cumplirse una sentencia o un acto de una autoridad pública de otro Estado miembro, a limitarse a reconocerlos y ejecutarlos.

En el segundo supuesto, la situación jurídica privada todavía no ha surgido, por lo que no ha sido conocida por la autoridad de ningún Estado miembro ni le ha sido aplicada ninguna ley nacional. La solución aquí pasará por la elaboración a nivel europeo de normas de conflicto uniformes, únicas para todos los Estados miembros. Así, la ley aplicable a una concreta situación jurídica privada de carácter transfronterizo será la misma, con independencia del tribunal estatal que conozca del asunto.

Como decíamos, la dimensión de justicia de dicho espacio común precisa la adopción de medidas en el campo del Derecho Privado a escala de la Unión. Por un lado, en el sector de la competencia judicial internacional, se debe permitir el acceso por parte de los individuos a los tribunales y autoridades de todos los Estados miembros, de modo que no resulte más gravoso acudir a la justicia de otro Estado de la Unión que a la del propio, con independencia de las diferencias entre los ordenamientos nacionales.

EL ARTÍCULO 81 TFUE Y LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El artículo 81.2 TFUE relaciona una serie de metas a alcanzar a través de medidas acordadas por el Consejo y el Parlamento Europeo.

En primer lugar, se tomarán decisiones a nivel de la Unión para mejorar y simplificar las medidas intermedias que generan una duración desmesurada del proceso. El precepto hace referencia al sistema de notificación y el traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, a la cooperación en la obtención de pruebas y al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales o extrajudiciales en asuntos civiles y mercantiles.

En segundo lugar, es imprescindible garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y jurisdicción. El antiguo artículo 65 TCE hablaba de fomento de la compatibilidad en vez de garantía, lo que significa que Lisboa da un paso más en la exigencia de legislación europea. Esta compatibilidad debe entenderse en el sentido de aproximación de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, para evitar situaciones que entrañarían sólo la creación de impedimentos para el espacio común de libertad, seguridad y justicia, al dar lugar a consecuencias jurídicas que no son admitidas en otros Estados.

En tercer lugar, se tiende a eliminar todos los obstáculos que impidan el buen funcionamiento de los procesos civiles. El precepto hace referencia a la compatibilidad de las normas nacionales relativas al procedimiento civil. De nuevo aquí esta compatibilidad debe entenderse en el sentido de aproximación de los sistemas procesales nacionales. Pero la disposición también menciona el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios y la formación de magistrados y del personal al servicio de la Administración de justicia.

En el primer caso, la utilización de dichos métodos contribuirá a su vez a agilizar la resolución de los procesos descargando de trabajo a los tribunales. El recurso a la mediación se reputa como un procedimiento alternativo idóneo para este menester.

En el segundo supuesto, las instituciones comunitarias muestran una creciente preocupación por propiciar el conocimiento y la correcta aplicación de los instrumentos comunitarios vigentes, requisito básico para alcanzar los objetivos de la cooperación judicial en materia civil. Sin duda, responde a esta inquietud la creación de la denominada Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. Esta Red tiene una doble función: una de carácter técnico, que hace referencia a la labor de fomento de la cooperación judicial, y una función de difusión, que pretende dar a conocer al público los distintos instrumentos jurídicos europeos, internacionales y de Derecho interno en materia civil y mercantil. Para ello, la Red creó y mantiene al día un sistema de información al público a través de Internet, sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil y los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros.

Por último, en cuarto lugar, se adoptarán medidas destinadas a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. El ciudadano ostenta el derecho a acceder al sistema judicial en cualquier Estado miembro y a obtener de sus tribunales una resolución judicial motivada. El artículo 81 TFUE hace referencia a la tutela judicial efectiva cuando el anterior artículo 65 TCE no lo mencionaba. Sin embargo, el reconocimiento expreso de dicho derecho no parece que vaya a implicar una modificación sustancial del *modus operandi* de las autoridades comunitarias en el ámbito de la cooperación judicial internacional en materia civil. Ese derecho se consagra en todas las constituciones internas de los Estados miembros, así como en el artículo 47 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa es vinculante para todos los Estados miembros, salvo para el Reino Unido, Polonia y la República Checa. Sin duda, se trata de un derecho que debe informar todos los instrumentos que se concluyan en materia de cooperación judicial civil.

En definitiva, es imprescindible lograr un incremento de la compatibilidad y la convergencia de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en los ámbitos relacionados con la cooperación judicial civil.

BIBLIOGRAFÍA:

- www.contencioso.es
- www.europa.eu
- LEHMANN, W., “El tratado de Lisboa”
- CAMPUZANO DÍAZ, B. Y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., “La cooperación judicial en materia civil en el proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (antecedentes y perspectivas de futuro)”. Profesoras de Derecho internacional privado de la Universidad de Sevilla
- Tratado de Ámsterdam. Ministerio de Asuntos Exteriores elaborado por la Secretaría de Estado de Política Exterior para la Unión Europea Oficina de información diplomática
- CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; “Derecho Internacional Privado”, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009- 2010.

- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “La Constitución Europea y El Derecho internacional privado comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario o subordinado al mercado interior?”.

- MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?” *Diario La Ley*, N° 7479, Sección Doctrina, 30 Sep. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY 8435/2010.

- MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, “Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho Internacional Privado”.

-

http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/guide_european_enforcement_order_es.pdf

- DO n° 340, de 10 de noviembre de 1997.

- DO n° 306, de 17 de diciembre de 2007.

- DO n° L 299, de 31 de diciembre de 1972. BOE de 28 de enero de 1991.

- DO n° C 191, de 29 de julio de 1992.

- ELVIRA BENAYAS, M.J., “Las competencias externas de la UE y el Derecho Internacional Privado tras el dictamen del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Lugano”.

- DURÁN AYAGO, A., “Europeización del derecho internacional privado. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”.

- CALVO CARAVACA, A. L., “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”.

- KOHLER, CH., “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *Revue Critique de Droit International Privé*.

- DE MIGUEL ASENSIO P.A., “La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. L, 1998 núm. 1, pp. 373-376

III. Competencias internas y externas la Unión Europea: influencia en el Dipr

1. INTRODUCCIÓN:

La U.E. es una organización interestatal con un poder limitado, sólo los que le atribuye el Tratado de poderes Constitutivos. Solo puede actuar en los límites de dicho tratado. Gracias a los trabajos de la Convención de 2003 y su plasmación en el Tratado Constitucional de 2004, el Tratado de Lisboa de 2007 logra incorporar un catálogo de competencias de la Unión que afecta tanto a las políticas y decisiones internas como externas. En su vertiente externa, algunas de las novedades más significativas son la definición de los objetivos comunes de la acción exterior, la extensión de la noción de política comercial abarcando las inversiones, los servicios y la propiedad intelectual y su calificación como competencia exclusiva, a pesar de mantenerse, aunque de forma excepcional, la exigencia de unanimidad en los ámbitos más sensibles. Aparentemente el concepto de las competencias exclusivas queda precisado en sus consecuencias jurídicas al imponer límites a la actuación de los Estados, pero cuando se trata de abordar la exclusividad de las competencias implícitas para concluir acuerdos externos, tal claridad desaparece, pues se ha codificado una jurisprudencia extremadamente compleja y la separación entre los acuerdos que se mantienen como competencia

exclusiva de la Unión y aquellos que se mantienen como competencia compartida, generará sin duda nuevos conflictos competenciales.

El Tratado de Lisboa de 2007, promulgada el 1 de Diciembre de 2009, se diseñó para mejorar el funcionamiento de la Unión Europea (UE) mediante la modificación del Tratado de la Unión Europea (Maastricht) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma). En él, vienen reflejadas las competencias de la unión europea:

2. EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARIO.

Desde el texto original del Tratado de Roma, la asignación de competencias a la

Comunidad Europea se formula entorno al principio de competencia de atribución (art. 5, pfo. 1º TCE). Ello implica que la Comunidad/Unión sólo podrá actuar cuando el

Tratado le atribuya competencias para ello. Sin embargo, no existe un listado de competencias sino que éstas se hallan dispersas a lo largo del Tratado, amparadas por las denominadas “bases jurídicas”. Este aparente defecto es, no obstante, una gran virtud pues permite a su vez un proceso dinámico de integración⁷.

Esta atribución de competencias viene unida a la consecución de ciertos objetivos o finalidades (método funcional)⁸. La consecuencia de esta forma de actuar es que, a priori, existe cierta indeterminación en el reparto de las competencias. Sin embargo, ello no significa la ausencia de control puesto que su ejercicio está bajo la supervisión del TJCE y supeditado a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

1. EL REPARTO DE COMPETENCIAS

En este contexto, las competencias de la Comunidad Europea pueden clasificarse en tres categorías: exclusivas, concurrentes y complementarias.

Las primeras se atribuyen a la Comunidad para la consecución de sus objetivos, bien expresamente, bien en forma implícita. Así, por ejemplo, de forma expresa se establece la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de emisión de billetes (art. 106 TCE) o política comercial común (art. 133 TCE).

Por lo que se refiere a los “poderes o competencias implícitas” son aquellos que derivan de competencias expresamente atribuidas en una base jurídica del TCE y cuyo ejercicio resulta necesario para la realización de las funciones y el logro de los objetivos a los que sirve dicha base jurídica. En ambos casos la existencia de tales competencias excluye por completo la actuación de los Estados miembros, incluso cuando éstas no sean ejercitadas.

En segundo lugar, las competencias concurrentes son aquellas que pertenecen a los Estados hasta que la Comunidad actúe o su ejercicio no se contradiga con la actuación

comunitaria. Ello puede suponer un desplazamiento progresivo de la competencia atribuida a los Estados¹¹ y se hace posible que la Comunidad “conquiste” ámbitos de materias compartidas con éstos a través de medidas armonizadoras.

En efecto, si ésta actúa en el marco de una materia que no le ha sido atribuida en exclusiva porque se considera que tal actuación es más eficaz que la que pudieran llevar a cabo los Estados por separado (por tanto respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad) dicha competencia pasa a ser exclusiva ya que desplazaría la actuación de los Estados dada la primacía del Derecho comunitario, lo que produce un efecto bloqueo de la actuación de los Estados.

Ello explicaría, lo que el Prof. González Campos ha dado en llamar la “carrera hacia los reglamentos comunitarios” que se ha producido con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam tras la que se convirtieron en Reglamentos normas que previamente fueron adoptadas en forma de Convenios.

Por último, las competencias complementarias son aquellas que habilitan a la Comunidad para que complete la actuación de los Estados. Tal es el caso, entre otros, de los arts. 149 (educación), 151 (cultura) o 177 (salud pública) TCE.

2. LAS BASES JURÍDICAS

Junto a este reparto de competencias, otro elemento determinante en la definición y funcionamiento de las competencias son las bases jurídicas. Estas suponen un límite para el reparto aquéllas. Según ha establecido el Tribunal de Justicia, la elección de una base jurídica debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente, incluido el fin y el contenido del acto¹⁶. A dicha elección suele acompañarle la reclamación de una competencia exclusiva. En el ámbito del derecho internacional privado, como tendremos oportunidad de ver, esta cuestión se plantea en el modo en el que se relacionan los artículos 65 y 95 TCE y de éstos con la cláusula general del art. 308 TCE.

La importancia de las consideraciones anteriores radica en el hecho de que el reparto de competencia también se proyecta en las relaciones ad extra de la Comunidad y los Estados con organizaciones internacionales o Estados terceros. Es lo que se denomina “paralelismo de competencias”. Este supone que siempre que el Derecho comunitario hubiera atribuido a las instituciones de la Comunidad competencias en el ámbito interno, con el fin de alcanzar un objetivo determinado, la Comunidad está facultada para contraer las obligaciones internacionales necesaria para la consecución de este objetivo, aun cuando no existiera una disposición expresa al respecto. Bien es cierto que ésta, al igual que los poderes implícitos, se limita a materias conectadas directamente con una política común.

III. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Con anterioridad al Tratado de Ámsterdam, el Derecho comunitario ya había mostrado su interés por varios aspectos del Derecho internacional privado. No obstante, la única mención a los esta materia que el Derecho comunitario podría contemplar era la prevista

en el art. 220 TCE (actual 293 TCE). Éste sólo habilitaba a los Estados para la conclusión de convenios internacionales, en un ámbito de materias limitado, y sólo “en tanto fuese necesario”.

La “necesidad” para la intervención en esta materia se entendió que existía cuando debía proporcionarse a los ciudadanos comunitarios un marco para una protección jurídica suficiente como instrumento para alcanzar un mercado interior cohesionado.

Con su actuación se evitarían las posibles perturbaciones provocadas por la distinta regulación procesal nacional, lo que podría afectar al principio comunitario de no discriminación (art. 12 TCE).

Por otra parte, también supuso un aumento del interés por estas cuestiones el hecho de que el Tribunal de Justicia dictaminase que las cuestiones procesales pertenecían a las competencias de la Comunidad. Tras esta opinión se abordó la posibilidad de regulación de otras actuaciones procesales, de la necesidad de un modelo procesal único para la realización armónica del mercado interior.

Sin que la situación cambiase sustancialmente, salvo en la ampliación del alcance material, el art. K del TUE creó una nueva base jurídica para que a su amparo pudieran concluirse nuevos instrumentos, aunque aún incardinados en la cooperación intergubernamental, pero que superasen el ámbito material del art. 220 TCE ya que en él se incluían todas las materias relacionadas con el proceso civil.

En este momento nadie dudaba de que la competencia en materia de reglas de Derecho internacional privado, pertenezca a los Estados y son éstos a través de los mecanismos tradicionales de la conclusión de convenios internacionales quienes pueden ejercerla.

Pese a este cierto desinterés inicial, el Derecho comunitario comienza a abordar ciertos aspectos vinculados tradicionalmente con cuestiones de Derecho internacional privado incidiendo en ellos a través de una pluralidad de técnicas amparadas en distintas bases jurídicas. El resultado de todo ello es lo que el Prof. González Campos denominó el “no Derecho internacional privado”.

Una tercera fase en el desarrollo de un Derecho internacional privado comunitario, se abre con la reforma del Tratado Constitutivo tras el Tratado de Ámsterdam.

En él la cuestión procesal bajo la rúbrica “cooperación judicial en materia civil” se convierte en una de las políticas prioritarias de la Comunidad, como una de las materias que integran la libre circulación de personas (Título IV, arts. 61 y ss). Este nuevo planteamiento significa la “comunitarización” de las cuestiones vinculadas con la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza mediante la inclusión en el Tratado de Roma del novedoso artículo 65. La nueva situación creada no sólo tiene repercusión en el funcionamiento interno de la Comunidad, como lo han puesto de manifiesto los Reglamentos que se han adoptado –y se van a adoptar- a su amparo –o en aquellos supuestos en los que ha servido para la transformación en normas uniformes de Convenios comunitarios sobre la base del art. K TUE o del art. 220 TCE-, sino que se proyecta en sus relaciones con terceros Estados y afecta o puede

afectar al funcionamiento y a la conclusión de Tratados internacionales con estos y con organizaciones internacionales (paralelismo de las competencias).

Esta nueva formulación significa, entre otras consideraciones, que la Comisión se reserva el monopolio de la competencia para elaborar proyectos de Reglamentos y Directivas relativos a la cooperación judicial internacional en materia civil e incluir en éstos normas sobre competencia judicial, sobre reconocimiento y ejecución y de conflicto de leyes. No debe olvidarse, sin embargo, que las posibles actuaciones de la Comisión están subordinadas a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad contenidos en el artículo 5 TCE.

Junto a este impulso unificador se conserva la posibilidad de la celebración de convenios comunitarios (actual art. 293 TCE). A pesar de que formalmente permanecen ambas bases jurídicas es evidente que se ha apostado por el art. 65 TCE, por lo que algunos autores han vaticinado su inaplicación, su desplazamiento en favor de éste último.

Definidas las aspiraciones de la Comunidad tras esta nueva formulación y con el fin de Saber cuál es su efecto en el marco de las relaciones exteriores, es preciso delimitar el alcance de esta nueva base jurídica así como cuál sea la relación con las otras dos de alcance general: los artículos 95 y 308 del TCE.

Respecto al art. 308 TCE, éste ha sido utilizado para justificar ciertas actuaciones de la Comunidad en el momento en el que no existía otro medio para ello. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha indicado que éste opera cuando el acto que se pretende adoptar no tiene un fundamento suficiente en otras bases jurídicas o cuando los poderes que se atribuyan en éstas resultan insuficientes. Tendría, por tanto, un carácter subsidiario o complementario de las otras dos.

Del art. 95 TCE cabe extraer su desplazamiento a favor de la competencia sectorial que supone el art. 65 TCE. El mencionado artículo dispone en su apartado segundo: “El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas...”. Debe entenderse, por tanto, que no cabe utilizar dicho artículo para la aproximación de legislaciones en las materias contenidas en el art. 65 TCE.

Así, el art. 65 TCE se constituye como una competencia sectorial específica para las materias que en él se formulan y para la consecución de los fines fijados en él. En ella se contienen materias que integran una política prioritaria de la Comunidad – que no debe confundirse con una política común- como una de las materias que se integran en la libre circulación de personas (Tit. IV, arts. 61 y ss).

Además, las normas que se adopten a su amparo han de tramitarse mediante un procedimiento especial contenido en el art. 67.5 TCE : “ 5. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251:

- las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”.

COMPETENCIAS EXTERNAS:

Externas: son competencias para celebrar acuerdos internacionales. Las competencias externas de la Unión Europea (UE) se definen en función de su reparto entre la UE y los Estados miembros. Tales competencias se denominan «exclusivas» cuando las ejerce íntegramente la Unión (por ejemplo la política agraria común) y «compartidas» cuando pueden asumirlas tanto la Unión como los Estados miembros (por ejemplo la política de transportes).

Esta tipología la ha definido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y se fundamenta en la teoría de las competencias implícitas según la cual la competencia exterior se deriva de la existencia de una competencia explícita a nivel interno. Esta jurisprudencia está plasmada en el artículo 216 del Tratado de Funcionamiento de la UE, según el cual la Unión es competente para alcanzar acuerdos siempre que:

- esté previsto en los tratados (competencia exclusiva);
- la celebración del acuerdo sea necesaria para alcanzar uno de los objetivos recogidos en los tratados;
- la celebración del acuerdo esté recogida en un instrumento jurídico vinculante;
- la celebración del acuerdo sea susceptible de afectar a las normas comunes o alterar su alcance.

Antes de meternos de lleno con las competencias externas sería importante hablar del artículo 65 del TCE, el cual atribuye a las instituciones comunitarias la competencia para la elaboración de normas relativas a la cooperación judicial en materia civil, entre las que se incluyen: 1º) Las que tienen por objetivo mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles; 2º) Las que persiguen “fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”; 3º) Las que tienden a eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

A colación de este mismo artículo Alfonso-Luis Calvo Caravaca precisa lo que son competencias externas, como competencias para concluir acuerdos “con terceros países”. La existencia de competencia legislativa por parte de la Comunidad Europea en relación este “aspecto externo” es muy discutida. Algunos autores niegan que la Comunidad Europea tenga competencias legislativas en relación a este “aspecto externo”, porque los “intereses de la Comunidad Europea” no se ven afectados. Otros autores afirman, por el contrario, que tales intereses pueden verse afectados, por lo que la Comunidad Europea puede atribuirse dicha “competencia legislativa”. Una tesis intermedia, defendida por F. Pocar, entiende que cuando existe competencia de la Comunidad Europea en el “aspecto interno”, debe existir también en el “aspecto externo”.

Para la Prof. Dra. Dña. María Jesús Elvira Benayas, cabe subrayar que en las materias reguladas, la Comunidad se ha convertido en la única competente, tanto en el orden interno como en relación con terceros. En las materias reguladas, la Comunidad se ha convertido en la única competente, tanto en el orden interno como en relación con terceros.

La opinión del Tribunal de entender que las razones apuntadas (catalogadas por Borrás como vagas e imprecisas) justifican la existencia de una competencia exclusiva de la Comunidad en relación a la negociación de un nuevo Convenio de Lugano, puede decepcionar pero no sorprender: desde el Consejo de Tampere es evidente la voluntad firme de la Comunidad por extender su influencia de materias que difícilmente puede justificarse su incidencia en el “correcto funcionamiento del mercado interior”. En este sentido, el Profesor Jayme destaca la decisión de la Comunidad de unificar completamente el derecho internacional privado y procesal europeo - y de excluir a los Estados miembros de la participación en las instituciones internacionales dedicadas al derecho internacional privado y procesal- así como su extensión a sus relaciones con Estados terceros.

El Tribunal de Justicia en el Dictamen 1/03 indica que no sólo deberá considerarse el alcance de la norma sino también su naturaleza y contenido y no sólo el derecho afectado sino también sus perspectivas de evolución. Si se hace esta interpretación extensiva, concluye la Profesora Borrás, la competencia “conquistada” no sólo abarcará normas ya dictadas sino también a normas en proyecto, sea cual sea el tipo de iniciativa utilizada.

Además, esta nueva competencia no sólo afecta a los convenios multilaterales sino también a los bilaterales. Así, estos podrán ser concluidos por los Estados pero deben ser supervisados por la Comisión, situación que algunos han calificado de “libertad vigilada”.

3. ANÁLISIS DE LOS REGLAMENTOS 662 Y 664. citar completos

1. CARACTERES DEL 662 /2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

Es un reglamento de 13 julio de 2009 por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales.

Este Reglamento establece un procedimiento para autorizar a un Estado miembro a modificar un acuerdo ya existente o a negociar y celebrar un nuevo acuerdo con un país tercero en materias que se incluyan total o parcialmente en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I y del Reglamento Roma II. El Reglamento no se aplica cuando la Comunidad ya haya celebrado un acuerdo con el país tercero sobre las mismas materias.

En el Diario Oficial de la Unión Europea L 200 de 31 de julio de 2009 se publicó una serie de correcciones de errores del Reglamento (CE) n o 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009. Dichas correcciones fueron las siguientes:

En la página 29, en el artículo 12, en el apartado 2:

donde dice: «2. Si, en la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento, un Estado miembro ya hubiera concluido las negociaciones pero todavía no hubiera celebrado el acuerdo, serán aplicables el artículo 3, el artículo 8, apartados 2 a 4, y el artículo 9.»,

debe decir: «2. Si, en la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento, un Estado miembro ya hubiera concluido las negociaciones pero todavía no hubiera celebrado el acuerdo, serán aplicables el artículo 3, el artículo 8, apartados 2 y 3, y el artículo 9.»

Según su artículo 1, el Reglamento establece un procedimiento con objeto de autorizar a un Estado miembro a modificar un acuerdo existente o a negociar y celebrar un nuevo acuerdo con un tercer país, en las condiciones establecidas en el presente Reglamento. Este procedimiento se aplicará sin perjuicio de las competencias respectivas de la Comunidad y de los Estados miembros.

AMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 662 /2009.

El ámbito de aplicación del presente reglamento viene determinado por el artículo 1.

se aplicará a los acuerdos relativos a materias particulares que entren, total o parcialmente, en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n o 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (1), y del Reglamento (CE) n o 864/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (2).

El presente Reglamento no se aplicará cuando la Comunidad ya haya celebrado un acuerdo con el tercer país de que se trate sobre las mismas materias.

COMO CONCRETA EL REGLAMENTO LA PALABRA “ACUERDO”:

Lo lleva a cabo en el art. 2:

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «acuerdo»:

- a) un acuerdo bilateral entre un Estado miembro y un tercer país;
- b) un acuerdo regional entre un número limitado de Estados miembros y de terceros países vecinos de estos Estados miembros que tenga por objeto atender a situaciones locales y que no esté abierto a la adhesión de otros Estados.

PROCEDIMIENTO PARA MODIFICAR UN ACUERDO EXISTENTE O A NEGOCIAR Y CELEBRAR UN NUEVO ACUERDO CON UN TERCER PAÍS.

El procedimiento para llevar a cabo la modificación de un acuerdo existente o negociar otro se encuentra en los artículos 3 y siguientes del reglamento.

- **En primer lugar:** Cuando un Estado miembro tenga intención de iniciar negociaciones para modificar un acuerdo ya existente o celebrar un nuevo acuerdo que entre en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, notificará por escrito su intención a la Comisión tan pronto como sea posible antes del inicio previsto de las negociaciones oficiales. La notificación incluirá, según proceda, una copia del acuerdo existente, del proyecto del acuerdo o del proyecto de la propuesta, así como cualquier otra documentación pertinente. El Estado miembro describirá el objeto de las negociaciones y especificará las materias que vayan a tratarse en el acuerdo previsto o las disposiciones del acuerdo existente que se pretenda modificar.

- **En segundo lugar:** una vez notificado a la comisión se procede a un evaluación por parte de ésta para ver si puede elaborar o negociar acuerdos. Al realizar dicha evaluación, la Comisión comprobará en primer lugar si está expresamente previsto en los próximos veinticuatro meses cualquier mandato de negociación pertinente con vistas a la celebración de un acuerdo comunitario sobre la misma materia con el tercer país de que se trate. De no ser así, la Comisión evaluará si se cumplen todas las condiciones siguientes: a) que el Estado miembro de que se trate haya facilitado información que muestre su interés particular en celebrar el acuerdo debido a vínculos económicos, geográficos, culturales, históricos, sociales o políticos que le unen al tercer país de que se trate; b) que, a la luz de la información facilitada por el Estado miembro, quepa considerar que el acuerdo previsto no privará de eficacia al Derecho comunitario ni socavará el buen funcionamiento del sistema por él establecido, y c) que el acuerdo previsto no atente contra el objeto y la finalidad de la política de relaciones exteriores de la Comunidad que esta haya decidido.

- **En tercer lugar:** tras la evaluación de la comisión puede ocurrir dos cosas:

o **Que se de autorización para iniciar las negociaciones:** en este caso el procedimiento seguirá los cauces establecidos en el art. 5 del reglamento.

o **Que se deniegue la autorización:** remitirá un dictamen al Estado miembro de que se trate en los 90 días siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el artículo 3. En los 30 días siguientes a la recepción del dictamen de la Comisión, el Estado miembro de que se trate podrá solicitar a la Comisión que inicie conversaciones con vistas a encontrar una solución. Si el Estado miembro de que se trate no solicita a la Comisión que inicie conversaciones en el plazo establecido en el apartado 2, esta adoptará una decisión motivada sobre la solicitud del Estado miembro en los 130 días siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el artículo 3.

- **En cuarto lugar:** Antes de firmar el acuerdo negociado, el Estado miembro de que se trate notificará a la Comisión el resultado de las negociaciones y le transmitirá el texto del acuerdo.

Tras recibir esta notificación, la Comisión evaluará si el acuerdo negociado:

- a) cumple las condiciones establecidas en el artículo 4, apartado 2, letra b);
- b) cumple las condiciones establecidas en el artículo 4, apartado 2, letra c), en la medida en que se den circunstancias nuevas y excepcionales respecto de tal condición, y

c) cumple el requisito en virtud del artículo 5, apartado 2.

Si el acuerdo negociado cumple las condiciones y requisitos a que se refiere el apartado 2, la Comisión, en los 90 días siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el apartado 1, adoptará una decisión motivada sobre la solicitud del Estado miembro por la que se autorice a este a celebrar dicho acuerdo.

En el caso de que exista Denegación de la autorización para celebrar el acuerdo, En los 30 días siguientes a la transmisión del dictamen de la Comisión, el Estado miembro de que se trate podrá pedir a la que inicie conversaciones con vistas a encontrar una solución.

Si el Estado miembro de que se trate no solicita a la Comisión que inicie conversaciones en el plazo establecido en el apartado 2, esta adoptará una decisión motivada sobre la solicitud del Estado miembro en los 130 días siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el artículo 8, apartado 1.

EXPIRACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO 662/2009:

Regulado en los artículos 14 y 15.

Reglamento expirará a los tres años de la presentación por la Comisión del informe a que se refiere el artículo 13.

El plazo de tres años a que se refiere el párrafo primero comenzará a contar a partir del primer día del mes siguiente a la fecha de la presentación del informe al Parlamento Europeo o al Consejo efectuada en último lugar.

En lo que se refiere a su entrada en vigor, tendrá lugar 20 días después de su publicación en el DOUE.

Especial consideración al reglamento CE 664/2009 de 7 de julio

Por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos.

Se trata de la creación de una base jurídica para la adopción de una legislación comunitaria en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, para favorecer las relaciones con terceros países. Un paso más en materia de cooperación, pues se trata de entablar convenios bilaterales con terceros estados que no formen parte de la CE.

A menudo estas relaciones son muy numerosas y dan cuenta de los vínculos que unen los estados miembros con terceros estados, que no son parte de la Unión europea, que

tienen por objeto proporcionar un marco jurídico adecuado a las necesidades de las partes interesadas.

Aunque para llevar a cabo todo esto, debe estar regulado por todos los estados miembros, para evitar incompatibilidades en el ámbito comunitario. Además, estos convenios deben estar previstos de un examen previo y control del contenido en cuanto a las materias objeto de dichos convenios.

En el reglamento se prevé la posición del tribunal de justicia de las comunidades europeas en el que regula la posibilidad de que la comunidad europea adquiera competencia exclusiva para celebrar un acuerdo internacional como el convenio de lugano con terceros países sobre materias que afectan a la normativa del reglamento 44/2001 relativo a la cooperación judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. No se podrán ni deberá celebrar un nuevo contrato con un tercer país si ya se ha establecido un contrato previo sobre la misma materia, no se considerará la misma materia cuando se trate de cooperación respecto a mismas cuestiones.

En cuanto a la relación de este reglamento con la integración del derecho internacional privado es un paso importante en materia de cooperación entre estados, incluso más allá del ámbito comunitario, esto es, con terceros estados.

Genera un marco de seguridad jurídica en las relaciones privadas no solo en procesos transfronterizos intracomunitarios, sino ahora ya gracias a este reglamento en relación con terceros estados.

Gracias a este convenio llegará un momento en el que al realizar convenios con terceros estados en materia del reglamento 44/2001, todo estará conectado y asegurado jurídicamente.

INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

En un momento inicial surge la necesidad de tener la intervención del derecho internacional privado en el ámbito comunitario y en las propias relaciones intracomunitarias, ello es debido a que un momento en el que existía un reducido alcance de uniformización material del derecho privado, existía un fraccionamiento normativo que menoscababa esas propias relaciones intracomunitarias.

La problemática en este tipo de contenido ha sido las normas de conflicto y sus dificultades de aplicación que no hacen más que impedir la integración y la realización de los objetivos de las políticas materiales. Todo esto unido a las diferentes aplicaciones judiciales en los distintos derechos extranjeros hace que no sea posible un tratamiento unitario de situaciones idénticas en distintos países.

Es por ello que resulta favorable y necesaria la influencia del derecho privado dando seguridad en el tráfico ya que garantiza las relaciones privadas transfronterizas necesario para el funcionamiento del mercado intercomunitario.

Esto se va paliando poco a poco con las normas armonizadoras y con la coincidencia en el espacio comunitario de reglas, de criterios básicos sobre la legislación aplicable que

facilitan la técnica conflictual. Son precisamente reglas de conflicto las que suscitan reglas de aplicación susceptibles de emplearse.

Supone pues una armonización jurídica en el marco comunitario salvaguardando eso sí la identidad cultural y la competencia entre ordenamientos.

Se trata la integración jurídica por medio de reglas de los diversos sectores del derecho privado, haciendo previsible la actividad entre ordenamientos nacionales diferentes y un mayor respeto entre los mismos en relación con su contenido.

En el proceso de integración comunitaria, cumple una función principal el convenio de Bruselas de 1968 en el que ya se atisbó el común y recíproco régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales entre estados extranjeros, para la eliminación de las resoluciones claudicantes (definición) todo ello unido a la unificación de reglas de competencia judicial internacional.

Asimismo, la unificación en el ámbito de la competencia judicial y del reconocimiento de decisiones va unida a la necesidad de intensificar la europeización de las reglas sobre ley aplicable, entre otros objetivos para contrarrestar el aumento de caer en el famoso *forum shopping*, entre otros problemas de ámbito internacional que se dan en la práctica, y que gracias a la integración del derecho internacional privado en este aspecto hace q se reduzca notoriamente la inseguridad en el tráfico.

Esta uniformización del derecho internacional privado ha hecho mella en ámbitos como el derecho de familia, concretamente en la custodia de menores en relación con la movilidad de las personas para fijar su residencia dentro del marco europeo y tener así un ámbito común de aplicabilidad.

Llegados a este punto hay que hacer referencia, en primer lugar, a los convenios internacionales específicos de derecho internacional privado concluidos en el marco de la integración. Entre estos convenios destacan el Convenio Bruselas (precedente del reglamento 44/2001) que continúan ocupando un lugar esencial en el derecho internacional privado comunitario. Ciertamente, el convenio de Bruselas contiene los regímenes de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones aplicables por los tribunales de los Estados miembros a las situaciones internacionales que presentan ciertos vínculos espaciales. Por su parte, el convenio de Roma, que encuentra entre sus fundamentos la voluntad de reducir los riesgos de *forum shopping*, asociados a los progresos del convenio de Bruselas, ha conducido a la unificación de las normas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de los Estados participantes en el proceso de integración, fundamentalmente estados miembros.

En la interacción con el Derecho comunitario, surgen dificultades, sobre todo, en la medida en que la aplicabilidad de éste requiere criterios específicos. Desde el punto de vista de los objetivos de integración, acudir a convenios internacionales para la elaboración de reglas de derecho internacional privado está lejos de ser la mejor opción para solucionar estos problemas, como muestra la experiencia: Se tarda mucho para su entrada en vigor, reservas, falta de competencia originaria del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas etc. En general deficiencias que tienden a acentuarse con la extensión de la CE.

Cabe decir que las normas de derecho comunitario son en sí normas de derecho público concreta y especialmente interviene el derecho administrativo debido a la correlación de competencia legislativa y judicial que junto con la participación del poder público en su configuración provocan que no exista un ordenamiento fijo.

Dentro del concepto de derecho público nos centramos en el elemento territorial propio del mismo en el que interviene el derecho comunitario, es importante el elemento territorial porque es base fundamental a la hora de aplicar una normativa comunitaria a los estados parte. Un instrumento importante son las directivas comunitarias para conseguir la armonización que incluyen reglas comunes de derecho internacional privado de los estados miembros.

Cuando la directiva fija un nivel unitario de protección se concreta la vinculación exigida con la CE como determinante del estándar de protección establecido que debe resolver la normativa comunitaria incorporando nuevas reglas que faciliten y unan aplicabilidad, esto garantiza las relaciones transfronterizas que tengan un vínculo significativo con la CE.

Es claro que debe haber una coherencia entre las normas protectoras establecidas en las directivas y el alcance armonizador pretendido, ocurre que es necesario concretar que existen unas legislaciones más estrictas en cuanto a protección que otros pero las directivas a la hora de la armonización más o menos estricta no se pronuncian al respecto.

Ocurre que cuando la normativa comunitaria remite a la ley de un estado miembro de la CE que no ha incorporado en su ordenamiento interno normas protectoras de armonización aun cuando no sean de aplicabilidad de la normativa comunitaria, hay que acudir a la normativa de la directiva de armonización de derecho internacional privado en la materia que se trate para paliar la deficiencia.

Esto suele ocurrir con frecuencia en muchos supuestos porque las reglas de derecho internacional privado son traspuestas de modo incorrecto en los ordenamientos nacionales, dañando así la uniformización.

BIBLIOGRAFÍA:

- PARA COMPETENCIAS INTERNAS:
http://europa.eu/scadplus/constitution/internalpolicies_es.htm

- ELVIRA BENAYAS, M.J., “Las competencias externas de la UE y el Derecho Internacional Privado tras el dictamen del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Lugano”.

- DE MIGUEL ASENSIO P.A. , “La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam”,

- DE MIGUEL ASENSIO P.A., “CONVENIOS INTERNACIONALES Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA”

- Mónica Guzmán Zapater., “COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA CONCLUIR TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (A PROPÓSITO DEL DICTAMEN DEL TJCE 1/ 2003, DE 7 FEBRERO 2006)”

- DE MIGUEL ASENSIO P.A., “Integración europea y derecho internacional privado”, publicado en: Revista de Derecho comunitario europeo, 1997, núm. 2, pp. 413-445”

- Alegría Borrás Rodríguez., “Efectos respecto a terceros del ejercicio de competencia por la Comunidad Europea en el ámbito del derecho internacional privado”

- CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; “Derecho Internacional Privado”, vol. I,

Bibliografía no está correctamente citada

IV.- MATERIAS EUROPEIZADAS/MATERIAS QUE PODRAN SER OBJETO DE EUROPEIZACION:

El reglamento es el instrumento normativo por el que se lleva a cabo la europeización del Derecho Internacional Privado tras el Tratado de Lisboa de 2007; se recurre a él para elaborar las normas de esta disciplina.

Por ello vamos a analizar todos los reglamentos que están en vigor ahora mismo y que son aplicables a los Estados miembros que los han firmado.

En los primeros puntos de los considerandos iniciales de todos los reglamentos europeos hasta ahora vigentes el fin que quieren todos ellos es que “la Comunidad se ha fijado como objetivo mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas. A fin de establecer progresivamente tal espacio, la Comunidad adopta, entre otras cosas, las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que son necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior”.

Empezare por el **Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo del 2000, sobre procedimiento de insolvencia:**

Este Reglamento tiene como finalidad que los procedimientos transfronterizos de insolvencia que se desarrollen tengan efectividad y eficacia, y corresponde al ámbito de cooperación judicial en materia civil con arreglo al artículo 65 del TCE. Se tienen que tomar medidas para adoptarlas frente al activo del deudor insolvente. A su vez, se tienen que evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado a otro, en busca de una posición jurídica más favorable, lo que se conoce como el “fórum shopping”. Se aplicará el principio de proporcionalidad para que regule la competencia a la hora de abrir los procedimientos de insolvencia, y que las decisiones dadas en esos procedimientos estén en estrecha relación con los mismos. Este principio

también incluye el reconocimiento y el derecho aplicable. Es independiente también que el deudor sea persona física o jurídica, un comerciante o un particular.

En estos procedimientos de insolvencia no es imprescindible una autoridad judicial, sino que puede ser una persona u órgano al que la Ley nacional confiera competencias para abrir esos procedimientos. Los procedimientos deben estar reconocidos oficialmente y legalmente y deben ser eficaces en el Estado miembro en el que se abra el procedimiento de insolvencia, y deben dar al desapoderamiento total o parcial del deudor y el nombramiento de un liquidador.

El Reglamento tiene en cuenta dos vías para casos de derecho material: una para aplicarse normas especiales de Derecho aplicable para derechos de especial importancia y vínculos jurídicos, y otra para aplicar normas de validez universal en un procedimiento principal de insolvencia, por ejemplo procedimientos nacionales según su “*rei sitae*”. Así se permite que los procedimientos principales de insolvencia se incoen en el Estado miembro en que el deudor tenga su centro de intereses principales. Su objetivo es abarcar todos los bienes del deudor. Se puede incoar procedimientos secundarios paralelamente al procedimiento principal. El centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses, y puede ser averiguado por terceros.

El Tribunal competente que abra el procedimiento principal debería estar facultado para ordenar medidas provisionales y cautelares desde el momento mismo de su apertura, así se garantizaría la eficacia del mismo. También se establece que antes de la apertura del procedimiento principal de insolvencia, se puede solicitar la apertura de procedimientos de insolvencia en el Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento, pero estará limitado a los acreedores locales y a los acreedores del establecimiento local.

Los procedimientos secundarios de insolvencia pueden tener objetivos diferentes, además de la protección de los intereses locales. Los bienes del deudor pueden ser demasiados complejos para ser administrados unitariamente, o por otros motivos sean dificultosos a la hora de llegar hasta ellos porque están situados en otros estados los activos que integran el patrimonio; por ello el síndico del procedimiento principal puede solicitar la apertura de procedimientos secundarios cuando así lo requiera la administración eficaz de los bienes.

Cualquier acreedor, independientemente de donde tenga su domicilio, o su residencia habitual o su sede dentro de la Comunidad, debería tener el derecho de valer sus pretensiones sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos de insolvencia pendientes en la Comunidad. Esto debería ser válido también para las autoridades fiscales y para los organismos de la seguridad social. De todas maneras, para que se dé la igualdad de trato entre los acreedores, debe coordinarse la distribución del activo liquidado. Cada acreedor debería estar autorizado a participar en el reparto de la masa en otro procedimiento distinto cuando los acreedores del mismo rango hayan obtenido el mismo porcentaje de sus pretensiones.

Se debería establecer un reconocimiento inmediato de las decisiones relativas a la apertura, desarrollo y terminación de los procedimientos de insolvencia; por ello se extendería a todos los estados miembros. El reconocimiento de las decisiones pronunciadas por los órganos jurisdiccionales debería reposar en el principio de confianza mutua. Por ejemplo si se incoa un procedimiento ante dos estados miembros, la decisión del tribunal que lo inicie debería ser la reconocida por los demás estados, y que además no estarían autorizados a someter a control la decisión de dicho Tribunal. Así mismo, la “*lex concursus*” es la norma de conflicto que opera tanto para procedimientos principales como territoriales. Se determinan todos los procedimientos de insolvencia, tanto procesales como materiales, sobre las personas y las relaciones

jurídicas implicadas, y regula todas las condiciones para la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia.

Se dan unas protecciones especiales para procedimientos que se abren donde existen derechos reales y sistemas de pago, igual que los bienes en mercados financieros. Aquí son aplicables los contratos de liquidación, o los acuerdos de compensación, así como la cesión de valores.

En la protección a los trabajadores y de las relaciones laborales, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre la continuación o conclusión de dichas relaciones, deberán regularse por medio del Derecho aplicable a los contratos con arreglo a las normas generales del conflicto.

En cuanto a los diferentes *ámbitos de aplicación para este Reglamento 1346/ 2000*:

Ámbito de aplicación material: art. 1, donde se establece a que procedimiento se aplicará este Rgto.

Ámbito de aplicación temporal: art. 43, donde se alude que “...se aplicará únicamente a los procedimientos de insolvencia que se abran después de la fecha de su entrada en vigor”; y también el art. 47, donde dice que entró en vigor el día 31 de mayo del 2002.

Ámbito de aplicación territorial: art. 47, “en cada Estado miembro”. Reino Unido e Irlanda (considerando 32) toman parte en este Reglamento pero Dinamarca no (considerando 33).

Ámbito de aplicación personal: art. 3 y 4 al referirse a las sociedades, personas jurídicas, deudores, bienes, etc...

El segundo **reglamento** por orden cronológico es el **1347/2000** sustituido hoy por el **Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental** que analizaremos a continuación.

Fue a iniciativa de Francia, en el año 2000, la que propuso la adopción de un instrumento para la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visitas de los hijos. Se hizo con el ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, incluida la protección del menor con independencia de que estén o no vinculadas las resoluciones a un procedimiento en materia matrimonial. Así se llegó a la conclusión de que es más apropiado tener un único instrumento en materia de divorcio y de responsabilidad parental. Se aplicará a las materias civiles el Reglamento con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que dicte la resolución.

En lo que respecta a los bienes del menor se aplican algunas medidas como la designación y las funciones de la persona u organismo encargado de administrar sus bienes, de consérvalos, de disponer de los mismos, de representar al menor, de prestarle asistencia. Puede haber también un litigio entre los progenitores a propósito de los bienes del menor, pero cuando se trata de implantar medidas relativas a los bienes del menor que no se refieren a la protección del mismo, estas se llevan a cabo por el **Reglamento 44/2001**. Por otro lado, las normas de competencia que establece el Reglamento presente en materia de responsabilidad parental están hechas para el interés superior del menor, y se tiene en cuenta también la proximidad. En primer lugar, después de lo dicho, deben ser competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual, excepto en casos concretos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental. Cuando un menor este mejor situado en otro Estado miembro

para conocer del asunto, el órgano jurisdiccional competente remite excepcionalmente el asunto a éste, pero no debe haber terceras remisiones.

Decir también que el **Reglamento 1348/ 2000** sobre traslado de documentos judiciales y extrajudiciales entre Estados miembros, en materia civil y mercantil se aplica aquí.

Cuando se dé el caso de una urgencia, se podrán adoptar medidas provisionales, incluidas las protectoras dentro de un Estado miembro por las autoridades jurisdiccionales. Así en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora, y siempre se intentará por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que pide la restitución del menor y donde tiene su residencia habitual. Lo mejor sería que esta restitución se llevara a cabo sin necesidad de procedimiento de reconocimiento ni el de ejecución de dicha resolución.

En caso de haber una resolución de no restitución, el órgano jurisdiccional debe informar de ello al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual. Aún con todo esto del traslado o retención ilícitos, la audiencia y palabra del menor es muy importante.

El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales deben basarse en el principio de confianza mutua, y los documentos públicos y los acuerdos entre las partes que sean ejecutivos en un Estado miembro deben asimilarse a “las resoluciones judiciales”.

Se establece a su vez que las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares se reconocen automáticamente en los Estados miembros sin que se produzcan motivos intermedios o motivos para denegar la ejecución. Así establecido el derecho de visita o de la restitución del menor deben ser reconocidos y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de otro procedimiento adicional. Cuando se tenga que aplicar la ejecución se hará por medio del Derecho Nacional. No se puede recurrir el certificado de ejecución de la resolución judicial dictada. Por lo tanto, para que todo lleve bien su curso, las autoridades centrales deben cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo de una solución amistosa de conflictos familiares.

Para que esto se lleve a cabo, la Comisión hará públicas unas listas de órganos jurisdiccionales y de vías de recurso que se le notificará a los Estados miembros, para que haya garantías y mutua confianza.

En cuanto a los diferentes *ámbitos de aplicación para el Reglamento 2201/2003* se establece que:

Ámbito de aplicación material: Art. 1. 1 y 1.2, porque el 1. 3 tiene las exclusiones.

Ámbito de aplicación temporal: Art. 72, pues entró en vigor el 1 de agosto de 2004, pero tuvo una *vacatio legis* hasta el 1 de marzo del 2005, que es cuando en realidad se empezó a aplicar.

Ámbito de aplicación territorial: Se aplica a todos los Estados miembros menos a Dinamarca, y se ve reflejado en el art. 72 *in fine*, y también en el considerando 31.

Ámbito de aplicación personal: Art. 6, cuando dice que el cónyuge tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, aunque también deberíamos fijarnos en lo que dice los arts. 3, 4 y 5.

El tercer reglamento por orden cronológico es el **Reglamento 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo relativo a la notificación y traslado en los Estados Miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil**, hoy sustituido por el **Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre del 2007**, y que tiene el mismo nombre que el anterior.

De este reglamento cabe decir que se ha dado en un régimen de cooperación jurídica internacional, más exactamente en el denominado régimen europeo o institucional del traslado de las notificaciones. La notificación es un acto procesal de carácter formal y es por la cual se comunica a una persona una determinada resolución en el extranjero. A la hora de trasladar la demanda se tiene que observar alguna peculiaridad, como donde está el domicilio del demandado, y así la sede del empresario puede notificarse en una oficina o en una sucursal, pero no en una filial. Si no se sabe dónde está el demandado hay que notificarlo por edictos en España. (Art. 3).

Este Reglamento tampoco lo firma Dinamarca (considerando 29) y pasa a aplicarse en los demás Estados miembros, como los demás Reglamentos que hemos estudiado hasta ahora-----**Ámbito de aplicación territorial.** El Reglamento está en vigor desde el 30 de noviembre del 2007, pero tuvo una *vacatio legis* y se aplica desde el 30 de noviembre del 2008 para todos los Estados firmantes (art. 26).-----**Ámbito de aplicación temporal.**

Aborda las materias de civil y mercantil (art. 1) ----- **Ámbito de aplicación material,** así como quienes van a ser las autoridades que van a intervenir a la hora de las notificaciones internacionales; en España va a ser el secretario judicial y también la Subdirección general de cooperación judicial, que depende del Ministerio de Justicia. La práctica de llevar a cabo estas notificaciones es por medio de un sistema descentralizado de notificaciones (art. 4) de un secretario judicial de España a otro funcionario de otro Estado. Es en vía directa, por el principio de confianza entre autoridades, aunque también caben otras vías, como es la forma consular y la diplomática (art. 12 y 13); también está la vía postal (art. 14).

Los requisitos formales que necesita la notificación están dados por unos formularios que están en los anexos del Reglamento, y que habrá que rellenarlos, junto a la solicitud de documentos a contemplar que requieren de traducción. La lengua que se da es la del estado requerido donde deben realizarse las notificaciones, aunque es posible realizar la notificación en otro idioma diferente, siempre que se tenga constancia de que el destinatario conoce el idioma. Si no se encuentra traducida, el notificado puede negarse a recibir la notificación (art. 5). Es un derecho de defensa. Como se realiza la notificación viene dado en los art. 6 y 7, y así el estado receptor una vez que recibe la petición y el documento notificado debe trasladarlo al estado requirente antes de 7 días. Si se tiene que subsanar la notificación se devuelve y si no se puede practicar la notificación también se devuelve al estado requirente. Es importante que haya prueba de notificación (arts. 9 y 10), y lo que más importa es la fecha.

Lo que ocurre si el demandado no comparece y se da notificación veraz y está dentro de plazo, dice el art. 19 que el Juez ante el que se está dirimiendo el proceso hace constar esa circunstancia y si no se declara en rebeldía. Se garantiza tanto la rapidez, como la defensa y se continúa con el proceso.

El cuarto Reglamento que está en funcionamiento es el **Reglamento 1206/2001 de 28 de mayo de 2001 sobre obtención de pruebas en materia civil o mercantil.** En él se establece que el instrumento de mayor importancia para que lleve a cabo su función es el de la comisión rogatoria, acto procesal por el cuál un juez pide a otro que se encargue de llevar a cabo una prueba en su país en su nombre, por ejemplo la prueba pericial o que preste algún demandado una declaración. Es por lo tanto una cooperación entre órganos jurisdiccionales de diferentes estados miembros, siempre en materia civil y mercantil (art. 1).-----**Ámbito de aplicación material.**

Los países en los que se lleva a efecto este Reglamento es en todos los Estados miembros de la UE excepto Dinamarca (considerando 22).-----**Ámbito de aplicación territorial.**

Se puede o bien pedir que se haga la prueba por el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido, o bien pedir permiso al mismo para realizar el Estado requirente directamente la prueba. El concepto de prueba es muy amplio en el Reglamento (art.2). Por medio de una autoridad central se pretende facilitar la información sobre los derechos de los Estados miembros a la hora de realizar la prueba, y además también intenta resolver las dificultades. El órgano central en España es la Subdirección general de cooperación jurídica, dependiente del Ministerio de Justicia.

Se lleva a cabo por el siguiente procedimiento dado en el art. 4, porque es la práctica de diligencias probatorias, dadas mediante fórmulas que vienen establecidas de por sí ya en los anexos del Reglamento. Aquí se señalan todos los aspectos a tener en cuenta como autoridad, objeto, etc... Se describe lo más importante en las diligencias previas, se pueden solicitar y añadir preguntas y fórmulas, y se puede pedir que se preste juramento o promesa mientras el testigo está dando su declaración.

La lengua en la que se estable la declaración es la del estado requerido o lenguas cooficiales (art.5), y la recepción de la solicitud se da con un acuse de recibo al formulario de la solicitud, para que conste que ha llegado a su destino (art.7). Si ese órgano jurisdiccional considera que la petición está incompleta o no se ve clara, se pide al Estado requirente otro formulario y petición con una aclaración por parte de la autoridad judicial a quien compete. Esta prueba se tiene que realizar a la mayor brevedad posible, es decir, dentro de los 90 días de la práctica de la prueba. Las pruebas se realizan conforme al derecho del estado requerido, aunque según indica el art. 10 se permite al órgano jurisdiccional del Estado requerido tener en cuenta las soluciones del Estado requirente. Aquí el Juez acepta o no, admite que se considere o no la forma de proceder, se tiene en cuenta el derecho propio del Estado requirente.

La presencia de las partes prevista por el estado requirente es llevada a cabo en el estado requerido, o si no estaría presente un mandatario del estado requirente (miembros del personal del Ministerio de Justicia). Esto podrá efectuarse siempre que el estado requerido lo prevea (art.12).

Puede darse la situación de que el estado requerido se niegue a realizar la práctica de las pruebas (art. 14), y ello puede ser entre otras circunstancias porque la solicitud no esté dentro de la aplicación de este reglamento (órgano que no es competente porque está equivocado). Aquí la solución es que el estado requirente ha de solicitar dirigirse a la autoridad competente en el plazo de 20 días (art 8).

Después de que se practica la prueba, se da otro formulario por parte del estado requerido y es ahí, donde se da todo lo relativo a la práctica de la prueba. Una novedad que se introduce en este reglamento es que se puede obtener directamente la prueba por parte del estado requirente, y siempre que se pueda hacer y no haya necesidad de hacer compulsión o medidas coercitivas (art. 17). El ámbito de aplicación temporal se da desde el día 1 de julio de 2001, pero tiene una vacatio legis hasta el 1 de enero del 2004, con lo cual a partir de esa fecha ya se aplica completamente dicho reglamento (art.24)---

-Ámbito de aplicación temporal.

El instrumento jurídico que vamos a analizar ahora es el **Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.**

Este reglamento tiene sus antecedentes en el art. 65 del Tratado de Amsterdam de 1997, en materia de cooperación judicial entre los Estados miembros de la CE.

Las principales ideas que se extraen de los considerandos del presente reglamento son las siguientes: facilitar la libre circulación de resoluciones, establecer los contratantes por la autonomía de la voluntad los tribunales que van a ser competentes, el foro del demandado es el principal lugar donde puede ser una persona demandada, se protege a la parte más débil (competencias en materia de seguros, en materia de contratos celebrados por los consumidores y también en contratos individuales de trabajo), principio de confianza recíproca o mutua entre los países que firman el reglamento, el foro del domicilio del demandado actúa desde un doble ángulo: ámbito de aplicación personal y también como foro general de competencia. Otra idea que se da es que hay foros especiales, donde se trata de proteger a la parte más débil, y se limita la autonomía de la libertad del contrato.

Aquí se manifiesta que el **ámbito de aplicación territorial** se da en el art. 1.3. y se aplica en el entero territorio de los Estados miembros, en el “territorio 44”. Se aplica en todos los Estados miembros incluyendo a Dinamarca, el cuál firmó un acuerdo con la Comunidad Europea en el año 2005.

En cuanto al **ámbito de aplicación temporal**, este reglamento entró en vigor el 1 de marzo del 2002, y es irretroactivo. El reglamento se aplica a las acciones ejercitadas tras la entrada en vigor del Reglamento 44. La fecha en la que han ocurrido los hechos materiales no influyen.

El **ámbito de aplicación material** de este Reglamento tiene como litigios regulados en relación a los que reúnen estos dos caracteres: 1) Litigios internacionales y 2) Litigios cuyo objeto principal sea la “materia civil y mercantil” (art.1.1.). Pero aquí el TJUE ha aclarado que el concepto de “materia civil y mercantil” no debe extenderse de la ley de ningún estado miembro, sino que es un concepto propio, “autónomo” y exclusivo de este reglamento. Se debe tener en cuenta los principios básicos y los objetivos del reglamento, así como los principios generales extraídos de los Derechos nacionales de los estados miembros. También el TJUE ha realizado una interpretación amplia de lo que debe entenderse por materia civil y mercantil, y una interpretación excluida del ámbito material del propio reglamento, que son materias de derecho público. Las materias exclusivas vienen recogidas en el art. 1.1 y 2 del reglamento: materia fiscal, aduanera, administrativa, así como el estado y la capacidad de las personas físicas, también los regímenes matrimoniales, testamento y sucesiones, quiebra, convenios entre quebrado y acreedor y seguridad social (a excepción de litigios derivados del derecho del trabajo).

Por último, en el **ámbito de aplicación personal** (art. 2 y 4), se establece que sólo se debe aplicar el reglamento 44 a los litigios “suficientemente conectados con la UE”. Se tiene que aplicar a todo litigio relativo a una relación jurídica que presenta una “conexión con el mercado interior”, o a una “conexión con el espacio judicial europeo”. Este reglamento se rige por el principio “iura non novit curia”, es decir, que lo debe conocer todo juez europeo porque se publica en el Diario Oficial de la UE, y esto está por encima de lo que las partes digan o hayan establecido.

Mi opinión personal sobre el “punto VIII.- Reflexiones acerca del proceso de europeización: lo hecho y lo que queda por hacer” es la siguiente:

El Dcho. Internacional Privado ha pasado a ser un medio por el cual se ha ido introduciendo poco a poco la consolidación jurídica, política y económica europea, y por ello se ha desarrollado tanto cualitativa como cuantitativamente los reglamentos,

que ya abarcan muchas materias a todos los niveles e influyen de manera transversal en todos los campos que rodean a todas las personas a la hora de realizarse como ciudadanos. Con esto quiero decir que se han ido difuminando las fronteras de los países a la hora de aplicar las normas, y que por medio de las situaciones vividas día a día y también las diferentes culturas que forman la UE, todos estamos ganando en evolución y desarrollo al vernos más protegidos en la igualdad y con unos mismos intereses. Para ello nos ayuda el TJUE que tiene unas interpretaciones de principios, valores y normas que a todos nos llegan, a todos los que formamos la UE; se busca la finalidad de la seguridad jurídica, y no en vano se dio hace poco a la UE el Premio Nobel de la Paz, ya que las instituciones comunitarias están contribuyendo a que seamos una Organización Internacional al máximo nivel de evolución, en todas las circunstancias.

Fuentes

- Me he servido de los textos: Legislación básica de DIPr. Editorial Tecnos 2012.
Documentación del trabajo de la profesora Dra. Dña. Antonia Durán Ayago:
“Europeización del Derecho Internacional Privado. Notas sobre el proceso de construcción en un espacio judicial europeo”.
Derecho Internacional Privado (volumen I), Granada, Edición Comares de Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.

Reglamento(CE)número 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 , por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados

En cuanto a la génesis de dicho reglamento hay que decir que se gesta en el Consejo Europeo celebrado en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 , en el que se aprobó el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones como piedra angular de la cooperación judicial que debe establecerse en la Unión .Se pretende reducir las medidas intermedias que siguen exigiéndose para el reconocimiento y ejecución de una resolución en el Estado miembro requerido. Se contempla la supresión del exequátor como una de las prioridades de la Unión Europea lo que es igual a lograr la libre circulación de resoluciones en el territorio de los Estados miembros.

El objetivo de dicho reglamento es crear un TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO para créditos no impugnados que permita mediante la fijación de unas normas mínimas la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones , transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para el reconocimiento y la ejecución.

Es un certificado que acompaña a una resolución , a una transacción judicial o a un documento público con fuerza ejecutiva y que permite que dicha resolución , transacción o documento circule libremente en la Unión Europea .Como tal, el certificado constituye un " pasaporte judicial europeo" para los resoluciones ,transacciones y documentos públicos.

El título ejecutivo europeo es necesario para la ejecución en un Estado miembro de una resolución una transacción judicial aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrado ante el mismo , o un documento público con fuerza ejecutiva redactado en otro Estado

miembro relativo a un crédito no impugnados.

De forma más directa el art 5 habla de la supresión del exequátor , en el mismo sentido se manifiestan los artículos 24.2 para las transacciones judiciales y el 25.2 para los documentos públicos con fuerza ejecutiva

Ámbito de aplicación :

Ámbito temporal: el título ejecutivo europeo puede obtenerse para resoluciones dictadas, transacciones judiciales aprobadas o celebradas y documento públicos formalizados después del 21 de enero de 2005, es en este año cuando entra pues en vigor (art.33) y se aplica desde el 21 de octubre de 2005 (en el caso de Bulgaria y Rumanía , después del 1 de enero del 2007)

Ámbito territorial : un certificado de título ejecutivo europeo puede obtenerse para resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva dictados , celebrados , aprobados o formalizados por un órgano jurisdiccional o una autoridad competente de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, excepto Dinamarca (art. 2.3)

Ámbito material: son las mismas materias que en el Reglamento 44/2001 esto es ,se aplicara en materia civil y mercantil, aunque introduce una coletilla que no se aplicará en los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (art. 21 y 2)

Ámbito personal : se aplica con independencia de la nacionalidad y el domicilio de las partes.

Reglamento (CE) número 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo.

El objetivo directo es la creación de un procedimiento europeo uniforme para la obtención de una resolución judicial ejecutiva sobre una deuda que no suscita oposición , respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El proceso monitorio europeo es el primer proceso civil común de la Unión Europea, se trata de una proceso especial y sumario que coexiste con los distintos procesos nacionales y que puede utilizarse únicamente para procesos transfronterizos .Es , por tanto , un instrumento europeo de cobro que se configura como adicional a los existentes en los distintos ordenamientos de los Estados miembros.

Tiene por finalidad procurar al acreedor de deudas dinerarias liquidas y vencidas no contestadas , dentro del territorio de la Unión , un título ejecutivo a través de un proceso sencillo y rápido que le permita cobrar la deuda sin costes excesivos , cuando ésta no es controvertida, permitiendo igualmente la libre circulación de los requerimientos europeos de pago a través de todos los Estados miembros.

Hay que destacar la importancia de este reglamento porque tratar de simplificar, acelerar y reducir los costas de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados y esto se consigue mediante el establecimiento de un proceso monitorio europeo.

Ámbito de aplicación:

Ámbito material: art 2.- Se aplica en asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil , si bien el concepto civil y mercantil se reconduce ,salvo alguna variación ,al concepto comunitario del Rto.44/01 (Bruselas I) por lo tanto no incluirá ,en particular las materias fiscal , aduanera y administrativa , ni los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure

imperii)

Tampoco se aplicara a:

- los regímenes económicos matrimoniales
- los testamentos y las sucesiones
- la quiebra , los procedimientos de liquidez de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos
- la seguridad social
- los créditos derivados de obligaciones extracontractuales , a no ser que : hayan sido objeto de un acuerdo entre las partes o haya habido un reconocimiento de deuda, o se refieren a deudas liquidas derivadas de una comunidad de propietarios

Ámbito espacial: el reglamento es de aplicación en todos los países de la Unión Europea , a excepción de Dinamarca.

Ámbito temporal: se aplica desde el 12 de diciembre de 2008.

Ámbito personal : art.3.- Se entenderá por asunto transfronterizo aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición

El domicilio se determinará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50 y 60 del Reglamento (CE) nº.44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 200.

Reglamento (CE) número 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo , de 11 de julio de 2007 , por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

El objeto del proceso europeo para demandas de escasa cuantía , viene recogido en el artículo 1 del Reglamento de la Comunidad Europea, del Parlamento y del Consejo es de simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos , cuya consecuencia más inmediata es la reducción de los costes y la eliminación de los procedimientos intermedios necesarios para el reconocimiento y la ejecución en otros Estados miembros de una sentencia dictada en un Estado miembro .Destaca en esta norma que el proceso es alternativo a los procesos previstos por la legislación de los Estados miembros. El reglamento , en su artículo tercero, conceptúa como asuntos transfronterizos aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto , y en su apartado tercero establece que el momento pertinente para determinar si existe un asunto transfronterizo será la fecha en que el órgano jurisdiccional competente reciba el formulario de demanda.

Los litigantes podrán recurrir al proceso europeo de escasa cuantía como alternativa a los procesos previstos por la legislación de los Estados miembros.

Se aplica a los procedimientos que no rebasan los 2000 euros y en los que puede haber contencioso la diferencia en este caso con el monitorio europeo es que establece un procedimiento idéntico , que si los estados siguen , la consecuencia es que la resolución judicial que dicten , va a ser también orden de pago europeo.

Ámbito de aplicación :

Ámbito material: art 2- Se circunscribe a los supuestos de carácter civil y mercantil que tengan naturaleza transfronteriza con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional cuando el valor de la demanda, excluidos los intereses , gastos y costas no rebase los 2000 euros .De ello se desprende como primera nota para su implantación, que facilita el cálculo de la cantidad reclamada ,al quedar excluidos estos últimos. Asimismo refiere el cómputo de la reclamación al momento en que se reciba por parte

del órgano jurisdiccional competente el formulario de la demanda

El reglamento ha establecido un número de excepciones , quedan excluidas de este precepto en primer lugar con carácter general , las materias fiscal , aduanera y administrativa , así como los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad , es decir por *acta iure imperii*, en el apartado segundo se establecen expresamente las materias excluidas de la aplicación del proceso.

Ámbito territorial: se aplica a todos los estados miembros de la Comunidad Europea , exceptuando Dinamarca que no participa en la adopción del presente Reglamento , por lo que no es vinculante ni aplicable de conformidad con el estatus de adhesión que dicho país firmó con la Unión Europea.

Ámbito espacial: está en vigor.

Ámbito personal : art.3.2.- Al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

El domicilio se determinará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) núm.44/2001.

Reglamento (CE) núm.864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo , de 11 de julio de 2007 , relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)

Con la aplicación de este reglamento se ha hecho efectivo en el seno de la Unión Europea un proceso de unificación legislativa que tiene como consecuencia que los tribunales de todos los Estados miembros de la Unión Europea –salvo Dinamarca– apliquen las mismas reglas de conflicto en el sector de las obligaciones extracontractuales, un ámbito especialmente complejo y caracterizado tradicionalmente por la gran diversidad de soluciones en los sistemas nacionales de Derecho internacional privado.

Este reglamento forma parte del conjunto de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil elaboradas en el marco del establecimiento progresivo de un espacio de libertad , seguridad y justicia en la Unión Europea.

El contenido del Reglamento implica una profunda transformación de la situación previa en España y en otros países de la Unión Europea en un ámbito especialmente complejo, que incluye la determinación de la ley aplicable al fundamento y alcance de la responsabilidad civil así como a la determinación de los daños.

Ámbito de aplicación:

Ámbito material :

A) Contiene normas de conflicto (no es Derecho uniforme)

B) Regula la responsabilidad extracontractual en materia civil y mercantil : se entenderá por daño toda consecuencia derivada de un hecho dañoso , el enriquecimiento injusto , la gestión de negocios o la culpa in contrahendo (art. 1, apdo 1). Por hecho generador del daño y por daño se entenderá no sólo los hechos o daños actuales , sino los que hechos o los daños que pueden llegar a producirse(art.1, apdo. 3)

C) Obligaciones excluidas :

a) obligaciones de Derecho publico:

- materias fiscal , aduanera y administrativas
- la responsabilidad penal (sí regularia, en cambio, la responsabilidad civil derivada del delito,cualquiera que sea la jurisdiccion encargada de su conocimeinto)
- responsabilidad del Estado por actos iure imperii

b) obligaciones civiles y mercantiles derivadas de :

- las relaciones familiares , las comparables a estas y las alimenticias
- los regimenes economicos matrimoniales y los comparables a éstos
- los testamentos y sucesiones
- los letras de cambio, cheque , pagares y otrons intrumentos negociables
- el derecho societario y las relaciones generadas en los trust
- los daños nucleares
- las violaciones de los derechos relacionados con la intimidad y la personalidad

Ámbito espacial: art. 3.-Aplicación con carácter universal, cualquiera que sea la ley reclamada por la norma de conflicto (art.3)

El Reglamento es aplicable también en el **Reino Unido** y en **Irlanda**. Por contra, de conformidad con el Protocolo sobre la posición de **Dinamarca**, este país no participa en su adopción y, por tanto, no queda vinculado ni sujeto a su aplicación.

Ámbito temporal: art.32.- Se aplicará a partir del 11 de enero de 2009, excepto por lo que respecta al artículo 29, que se aplicará a partir del 11 de julio de 2008)

Cláusulas de compatibilidad:

A) En relación con normas de conflicto de Derecho comunitario:

Principio de especialidad del Derecho comunitario: aplicación preferente de las normas de Derecho comunitario que regulen conflictos de leyes en materias específicas (art. 27).

B) En relación con convenios internacionales ya existentes:

- Respeto a los convenios en los que sean parte uno o más Estados miembros (art. 28.1).
- Primacía del Rto. Roma II sobre convenios internacionales celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros (art. 28.2)

Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo , de 13 de noviembre de 2007 ,relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo

Este reglamento lo que pretende es establecer un procedimiento directo de comunicación de documentos judiciales y extrajudiciales entre los estados miembros , regula la transmisión entre estados miembros de la Unión Europea de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil a efectos de traslado de la notificación.

En cuanto a los estados que forman parte del mismo decir que forman parte todos los estados de la Unión Europea incluida Dinamarca , aplica este reglamento porque firmó

un convenio con la Unión Europea el 19 de octubre de 2005.

Es un reglamento que está en vigor desde el 30 de diciembre de 2007 , pero se aplica desde el día 13 de noviembre de 2008.

Sustituye a todos los convenios bilaterales que regulen el mismo contenido que este reglamento esto se deduce de su art 20 se aplica con preferencia a todos los convenios que hayan firmado los estados miembros entre si y con preferencia a la normativa interna.

Ámbitos de aplicación:

Ámbito material: art 1.1 -Se aplica a notificaciones de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil.

Ámbito espacial: art 1.1 y 2-Cuando un documento judicial o extrajudicial debe transmitirse de un Estado miembro a otro para ser notificado o trasladado en esta último. No se aplica el Reglamento 1393/2003 si se desconoce el domicilio de la persona a la que ha de notificarse el documento.

Ámbito territorial :art 1.3 .-Se aplica entre Estados miembros , entendiéndose por tales " cualquier Estado miembro menos Dinamarca". Ahora bien , Dinamarca se incorporó al Reglamento 1393/2007 mediante el Acuerdo de 10 de diciembre de 2008 , (de conformidad con la previsto en el art 3, apartado 2 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, de 19 de octubre de 2005)

Ámbito temporal: art.26.-Entró en vigor el día 30 de diciembre de 2007 , a los veinte días de su publicación en el DO , aunque se aplica a partir de 13 de noviembre de 2008. Si la notificación debiera ser anterior al 13 de noviembre de 2008 , el régimen de notificaciones sería el previsto en el Reglamento 1348/2000, en vigor desde el 31 de mayo de 2001 hasta el 12 de noviembre de 2008 (art. 25 Reglamento 1393/2007)

Conforme al art 20 , en las notificaciones de documentos entre órganos de Estados comunitarios el Reglamento prevalece sobre los convenios multilaterales o bilaterales en los que sean Estados partes los Estados miembros del Reglamento.

Reglamento 593 /2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de Junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.-

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Considera lo siguiente:

-La Comunidad se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Para el establecimiento progresivo de ese espacio, la Comunidad ha de adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior.

- De acuerdo con lo establecido en el artículo 65, letra b), del Tratado, esas medidas habrán de incluir las que fomenten la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción.

-El Consejo Europeo, en su reunión celebrada en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, secundó el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y otras decisiones de las autoridades judiciales como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil e invitó al Consejo y a la Comisión a que adoptaran un programa de medidas para aplicar dicho principio.

-El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes

vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio.

- Las relaciones familiares deben abarcar parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral. La referencia en el artículo 1, apartado 2, a las relaciones con efectos análogos al matrimonio y otras relaciones familiares debe interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al tribunal.

- Las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables deben cubrir asimismo los conocimientos de embarque en la medida en que las obligaciones surgidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable.

- Las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) no 864/2007. Por consiguiente, dichas obligaciones deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento.

- La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales.

- Un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es uno de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato.

- El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional. En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas.

- Cuando, en el momento de elegir la ley, todos los demás elementos relevantes de la situación se encuentren localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de la ley no debe impedir la aplicación de las disposiciones de la ley de ese país que no puedan excluirse mediante acuerdo. Esta norma debe aplicarse independientemente de que la elección de la ley vaya acompañada de la elección de un órgano jurisdiccional.

- Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación.

- Por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de «prestación de servicios» y de «venta de mercaderías» deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) no 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento. Aunque los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas.

- Por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los sistemas multilaterales deben ser aquellos en que se realizan negociaciones, como los mercados regulados o los sistemas de negociación multilateral mencionados en el artículo 4 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, independientemente de que se basen o no en una contraparte central.

- En defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato. En caso de que el contrato no

pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad.

-Si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el artículo 4, apartados 1 o 2, una cláusula de escape debe establecer que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

- A falta de elección, cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base de que el contrato pueda catalogarse como uno de los tipos especificados o como la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, el contrato debe regirse por la ley del país con el cual presente unos vínculos más estrechos. Para determinar ese país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

-Por lo que se refiere a la interpretación de los contratos de transporte de mercancías, se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo trayecto u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías. A los efectos del presente Reglamento, el término «remitente» debe referirse a cualquier persona que haya concluido un contrato de transporte con el transportista y el término «transportista» debe referirse a la parte del contrato que se compromete a llevar a cabo el transporte de mercancías, independientemente de que realice él mismo o no el transporte.

- En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales.

- Tratándose más concretamente de contratos de consumo, la norma de conflicto de leyes debe permitir reducir los gastos para la resolución de los litigios que son, a menudo de escasa cuantía, y tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia. Para que el artículo 15, apartado 1, letra c), sea aplicable «no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades». Esta declaración recuerda también que «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente».

- Los consumidores deben quedar protegidos por las disposiciones del país de su residencia habitual que no puedan excluirse mediante acuerdo, siempre que el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales o profesionales ejercidas por el profesional en el país de que se trata. Debe garantizarse la misma protección en caso de que el profesional, aun no ejerciendo sus actividades comerciales o profesionales en el país de la residencia habitual del consumidor, dirija por cualquier

medio sus actividades hacia este país o hacia varios países, incluido el del consumidor, celebrándose el contrato en el marco de estas actividades.

- A efectos del presente Reglamento, los servicios financieros como servicios y actividades de inversión y servicios accesorios prestados por un profesional a un consumidor, deben estar sujetos al artículo 6 del presente Reglamento. En consecuencia, cuando se haga referencia a los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta al público o las ofertas públicas de emisión de valores negociables, y a la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, estas referencias deben incluir todos los aspectos que sean vinculantes para el emisor o el oferente, pero no aquellos aspectos relacionados con la prestación de servicios financieros.

- Se deben hacer varias excepciones a la norma general de conflicto de leyes aplicable para los contratos de consumo. Con arreglo a una de estas excepciones, la norma general no debe aplicarse a los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, excepto los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido .

- Es importante velar por que los derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero no tengan cabida dentro del ámbito de aplicación de la norma general aplicable a los contratos de consumo, ya que ello podría dar lugar a que hubieran de aplicarse leyes diferentes a cada uno de los instrumentos emitidos, lo que modificaría, en consecuencia, su naturaleza e impediría una negociación y oferta fungibles. Asimismo, siempre que estos instrumentos se emitan u oferten, la relación contractual establecida entre el emisor o el oferente y el consumidor no debe estar sujeta necesariamente a la aplicación obligatoria de la ley del país de residencia habitual del consumidor, ya que es necesario garantizar la uniformidad en los términos y condiciones de una emisión o de una oferta. El mismo principio debe aplicarse a los sistemas multilaterales a que se refiere el artículo 4, apartado 1, letra h), a fin de asegurar que la ley del país de residencia habitual del consumidor no interfiera con las normas aplicables a los contratos concluidos en el marco de esos sistemas o con el operador de dichos sistemas.

- A efectos del presente Reglamento, las referencias a los derechos y obligaciones que constituyan las condiciones generales que regulan la emisión, las ofertas al público de venta o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y las referencias a la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva deben incluir las condiciones que regulan, entre otros, la asignación de valores negociables o de las participaciones, los derechos en caso de exceso de suscripciones, los derechos de revocación y asuntos similares en el contexto de la oferta, así como aquellos asuntos mencionados en los artículos 10, 11, 12 y 13, asegurando de esta forma que todos los aspectos contractuales importantes de una oferta que sean vinculantes para el emisor o el oferente estén regidos por una ley única.

- Debido a las características especiales de los contratos de transporte y de los contratos de seguro, deberá garantizarse mediante disposiciones específicas un nivel adecuado de protección de los pasajeros y de los titulares de las pólizas.

Por consiguiente, el artículo 6 no debe aplicarse en el contexto de estos contratos específicos.

- Cuando un contrato de seguro que no cubre un gran riesgo cubra varios riesgos de los que uno como mínimo está situado en un Estado miembro y uno como mínimo está

situado en un tercer país, las disposiciones especiales del presente Reglamento relativas a los contratos de seguro únicamente deben aplicarse al riesgo o riesgos en el Estado miembro o en los Estados miembros de que se trata.

- Los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio.

- Por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal.

- En el contexto de una cesión de créditos voluntaria, el término «relaciones» debe aclarar que el artículo 14, apartado 1, se aplica también a los aspectos jurídico reales de una cesión de crédito entre cedente y cesionario en aquellos ordenamientos jurídicos en que dichos aspectos se tratan separadamente de los aspectos relativos al Derecho de obligaciones. No obstante, el término «relaciones» no debe entenderse como referido a cualquier relación entre cedente y cesionario que pueda existir. En particular, no debe abarcar cuestiones preliminares relativas a una cesión de créditos voluntaria o a una subrogación convencional. El término debe limitarse estrictamente a aquellos aspectos directamente pertinentes a la cesión de créditos voluntaria o a la subrogación convencional de que se trate.

- La seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas. Contrariamente al artículo 60, apartado 1, del Reglamento (CE) 44/2001, que propone tres criterios, la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación.

- El respeto de los compromisos internacionales contraídos por los Estados miembros implica que el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de los convenios internacionales de los que son parte uno o varios Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento. Con el fin de hacer las normas más accesibles, la Comisión debe publicar una lista de los convenios correspondientes en el Diario Oficial de la Unión Europea basándose en la información transmitida por los Estados miembros.

- Dado que el objetivo del presente Reglamento no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y por consiguiente, debido a las dimensiones y efectos del presente Reglamento, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

- De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento.

- De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y sin perjuicio del artículo 4 del mismo, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación.

-De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación.

Ámbitos de aplicación del presente reglamento:

Ámbito material : (art. 1) se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas.

En el apartado 2º de dicho artículo se mencionan los casos que se excluirán del ámbito de aplicación material. Por lo tanto, si son situaciones que impliquen un conflicto de leyes en obligaciones contractuales en materia civil o mercantil es materia contractual no excluida.

Ámbito territorial: (Art. 1.4) El Reglamento se aplica en los Estados miembros del mismo. Son Estados miembros todos los Estados miembros de la UE menso Dinamarca

Ámbito temporal: (art.28y 29) El presente Reglamento se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009; (Art 29) El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se aplicará a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto el artículo 26, que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009.

Ámbito personal (espacial): (Art.2) – Tiene carácter universal. La ley designada se aplica siempre, con independencia de que sea la de un Estado miembro o de un tercer país, y con independencia de los elementos subjetivos u objetivos de al relación jurídica.

Concurrencia del Reglamento 593/2008 con otros instrumentos internacionales:

El Reglamento593/2008, de acuerdo con su art.24, sustituye al CR salvo en lo que respecta a los territorios comprendidos en éste a los que no se aplica el Reglamento 593/2008.

Reglamento (CE) 4/ 2009 del Consejo, de 18 de Diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

- La Comunidad se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del cual esté garantizada la libre circulación de personas. Para instaurar progresivamente este espacio, la Comunidad debe adoptar, entre otras cosas, medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que tienen incidencia transfronteriza, en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior.

- En el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Comunidad y sus Estados miembros participaron en unas negociaciones que culminaron, el 23 de noviembre de 2007, con la adopción del Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y Otros Miembros de la Familia (en lo sucesivo denominado «el Convenio de La Haya de 2007») y del Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en lo sucesivo denominado «el Protocolo de La Haya de 2007»). Estos dos instrumentos, pues, deben tenerse en cuenta en el marco del presente Reglamento.

- El acreedor de alimentos debe contar con medios que le permitan obtener fácilmente en un Estado miembro una resolución que tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin ninguna otra formalidad.

- El ámbito de aplicación del Reglamento debería extenderse a todas las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad, a fin de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores de alimentos. A los fines del presente Reglamento, el concepto de «obligación de alimentos» debería interpretarse de manera autónoma.
- A fin de tener en cuenta las diferentes formas de resolver las cuestiones relacionadas con las obligaciones de alimentos en los Estados miembros, el presente Reglamento debería aplicarse tanto a las resoluciones judiciales como a las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas, siempre que estas autoridades ofrezcan garantías, en particular en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas. Dichas autoridades administrativas deberán, en consecuencia, aplicar todas las normas del presente Reglamento.
- Por las razones antes enunciadas, también procede garantizar en el presente Reglamento el reconocimiento y la ejecución de las transacciones judiciales y de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin que ello afecte al derecho de cualquiera de las partes en una determinada transacción o acto a impugnar tales instrumentos ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen.
- En el presente Reglamento procede prever que el término «acreedor» englobe, a los efectos de una solicitud de reconocimiento y ejecución de una resolución dictada en materia de obligaciones de alimentos, a los organismos públicos que tengan el derecho a actuar en lugar de una persona a quien se deba el pago de alimentos o a solicitar un reembolso por las prestaciones suministradas al acreedor a título de alimentos. Cuando los organismos públicos actúan en esta calidad, deberán tener derecho a los mismos servicios y a la misma asistencia judicial que los acreedores.
- El hecho de que el demandado tenga su residencia habitual en un Estado tercero debería dejar de ser causa de inaplicación de las reglas comunitarias de competencia, y, en adelante, debería excluirse toda remisión a las reglas de competencia del derecho nacional. Procede, pues, determinar en el presente Reglamento los casos en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede ejercer una competencia subsidiaria.
- A fin de remediar muy especialmente situaciones de denegación de justicia, procede también prever en el presente Reglamento un forum necessitatis que permita, en casos excepcionales, a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conocer de un litigio que guarde un estrecho vínculo con un Estado tercero.
- Una norma de competencia adicional debería prever que, salvo que se den condiciones particulares, el deudor solo puede iniciar un procedimiento para que se modifique una resolución alimenticia existente o para obtener una nueva resolución en el Estado en el que el acreedor tenía su residencia habitual cuando se dictó la resolución y en el que siga residiendo habitualmente. Para garantizar que el Convenio de La Haya de 2007 y el presente Reglamento estén bien articulados, conviene aplicar también esta regla a las resoluciones de un Estado tercero que sea parte de dicho Convenio, en la medida en que este último esté en vigor entre el Estado miembro de que se trate y la Comunidad y cubra las mismas obligaciones alimenticias en ambos.
- A los efectos de la aplicación del presente Reglamento, conviene prever que el concepto de «nacionalidad» se sustituya, en el caso de Irlanda, por el de «domicilio». Lo mismo vale para el Reino Unido, siempre que el presente Reglamento sea aplicable en este Estado miembro, en virtud del artículo 4 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
- Para aumentar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de las partes, el presente Reglamento debería permitir a las partes elegir de común acuerdo el órgano

jurisdiccional competente en función de factores de vinculación determinados. Sin embargo, a fin de garantizar la protección del más débil, tal elección de foro debe quedar excluida para las obligaciones de alimentos respecto de un menor de 18 años.

- Conviene precisar, en el marco del presente Reglamento, que las normas de conflicto de leyes solo determinan la ley aplicable a las obligaciones de alimentos, y no la ley aplicable al establecimiento de las relaciones familiares en las que se basan las obligaciones de alimentos. El establecimiento de relaciones familiares sigue estando regulado por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado.

- Con el fin de garantizar el cobro rápido y eficaz de los créditos alimenticios y prevenir los recursos dilatorios, las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos dictadas en un Estado miembros deberían en principio ir acompañadas de fuerza ejecutiva provisional. Por consiguiente, en el presente Reglamento conviene prever que el órgano jurisdiccional de origen debería poder declarar la resolución ejecutiva provisional, incluso cuando el derecho nacional no prevea la fuerza ejecutiva de pleno derecho, e incluso en el caso de que se haya interpuesto o quepa interponer recurso contra ella con arreglo al Derecho nacional.

- El reconocimiento en un Estado miembro de una resolución en materia de obligaciones de alimentos tiene como único objeto permitir el cobro del crédito alimenticio determinado en la resolución. No implica, en cambio, que dicho Estado miembro deba reconocer las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad que sean la base de la obligación de alimentos que dio origen a la resolución.

- Asimismo, conviene limitar al máximo las formalidades de ejecución que puedan hacer aumentar los gastos a cargo del acreedor de alimentos. A tal fin, el presente Reglamento prevé que el acreedor de alimentos no estaría obligado a disponer de una dirección postal ni de un representante autorizado en el Estado miembro de ejecución, sin que, por otra parte, se vea afectada la organización interna de los Estados miembros en lo que se refiere a los procedimientos de ejecución.

- A fin de limitar los gastos vinculados a los procedimientos de ejecución, no deberá exigirse ninguna traducción, salvo si se presenta oposición a la ejecución y sin perjuicio de las normas aplicables a la notificación y al traslado de los actos. A fin de garantizar el respeto de las exigencias del juicio justo, conviene prever en el presente Reglamento el derecho del demandado que no haya comparecido ante el órgano jurisdiccional de origen de un Estado miembro de origen vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 a pedir que se reexamine la resolución dictada contra él, en la fase de ejecución de esta. No obstante, el demandado debería solicitar dicho reexamen en un plazo determinado que habría de empezar a correr a más tardar a partir del día en que, en la fase del procedimiento de ejecución, se hayan embargado total o parcialmente sus bienes por primera vez. Este derecho de reexamen debe entenderse como un recurso extraordinario, otorgado al demandado cuando la resolución se haya dictado en su ausencia, que no afecta al ejercicio de otras vías de recurso extraordinarias previstas por el Derecho del Estado miembro de origen, siempre que dichas vías de recurso no sean incompatibles con el derecho de reexamen previsto en el presente Reglamento.

- Para facilitar el cobro transfronterizo de créditos alimenticios, es preciso instaurar un régimen de cooperación entre las autoridades centrales designadas por los Estados miembros. Estas autoridades deberían prestar ayuda a los acreedores y deudores de alimentos a fin de que puedan hacer valer sus derechos en otros Estados miembros mediante la presentación de solicitudes de reconocimiento, de carácter

ejecutivo y de ejecución o de modificación de las resoluciones existentes, o para obtener una resolución. También deberían intercambiar información a efectos de localizar a los deudores y acreedores y de determinar sus ingresos y su patrimonio en la medida en que sea necesario. Por último, deberían cooperar entre sí intercambiando información general y fomentar la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos países.

- Procede sin embargo definir las condiciones específicas de acceso a los datos de carácter personal, de la utilización y de la transmisión de los mismos a efectos de la aplicación del presente Reglamento. En ese contexto se ha tomado en consideración el dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos . Debería informarse a persona destinada a la recogida de datos de conformidad con su Derecho nacional. No obstante, conviene prever la posibilidad de diferir esa información para impedir que el deudor transfiera sus bienes y comprometa así el cobro del crédito alimenticio.

-Por otra parte, en lo referente a las obligaciones de alimentos distintas de las mencionadas en el considerando anterior, procede garantizar a todas las partes el mismo trato en términos de asistencia judicial en el momento de la ejecución de una resolución en otro Estado miembro.

-Procede prever que los Estados miembros partes en el Convenio del 23 de marzo de 1962 entre Suecia, Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega sobre el cobro de los créditos alimentarios podrán seguir aplicándolo habida cuenta de que contiene normas en materia de reconocimiento y ejecución más favorables que las previstas en el presente Reglamento.

- De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento.

Ámbitos de aplicación del presente reglamento 4 / 2009:

Ámbito material: art.1.1- se aplica a litigios entre particulares relativos a una obligación de alimentos derivada de una relación familiar o de parentesco.

Ámbito espacial/personal: tiene carácter erga omnes. Se aplica con independencia del lugar de residencia del demandado. Basta con que en virtud de sus disposiciones resulten competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro del Reglamento.

Ámbito territorial: art.1.2- las normas de competencia judicial internacional son aplicables en el territorio de todos los Estados miembros de la UE precisando que Irlanda participó desde inicio; Reino Unido inicialmente no participaba pero se incorporó posteriormente y Dinamarca se incluye en los términos previstos en el Acuerdo celebrado con la Comunidad Europea, en cuya virtud, se aplicará el Reglamento 4/2009 excepto los Capítulos III y VII relativos a las disposiciones sobre ley aplicable a los alimentos y la cooperación administrativa entre autoridades centrales.

Ámbito temporal: arts.75 y 76- El Reglamento entró en vigor el 30 de enero de 2009 (para el Reino Unido el 1 de julio de 2009) si bien su aplicación es a partir del 18 de junio de 2011.

Concurrencia con el Reglamento 44/2001 y el C,Lugano 2007: El Reglamento 44/2001 es sustituido por el Reglamento 4/2009 en lo relativo a las disposiciones sobre alimentos (art.68.1 Reglamento 4/2009), salvo para los procedimientos de reconocimiento y ejecución que estén en curso el día 18 de junio de 2011 , a los que se seguirá aplicando el Reglamento 44/2001 (disposiciones transitorias, art.75.2, pár, 2º Reglamento 4/2009).

Por lo que respecta al C.Lugano 2007, éste favorece sobre el Reglamento 4/2009 en los casos citados en su art.64.2, letra a).

Reglamento (CE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de Diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

- La Unión se ha marcado como objetivo mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia que garantice la libre circulación de las personas. Para el progresivo establecimiento de dicho espacio, la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos civiles con repercusión transfronteriza, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior.

- Según el artículo 328, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las cooperaciones reforzadas están abiertas a todos los Estados miembros en el momento en que se establecen, siempre y cuando se respeten las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización. También lo están en cualquier otro momento, siempre y cuando se respeten, además de las mencionadas condiciones, los actos ya adoptados en ese marco. La Comisión y los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros. El presente Reglamento debe ser vinculante en su totalidad y directamente aplicable solo en los Estados miembros participantes de conformidad con los Tratados.

-El presente Reglamento solo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial. La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial.

Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate.

- El presente Reglamento debe tener carácter universal, de modo que, con arreglo a sus normas uniformes de conflicto de leyes, se pueda designar como ley aplicable la ley de un Estado miembro participante, la de un Estado miembro no participante o la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea.

- El presente Reglamento debe aplicarse independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda.

- Para que los cónyuges puedan designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos o, a falta de elección, para que pueda aplicarse a su divorcio o separación judicial una ley de esas características, esta debe ser aplicable aunque no sea la de un Estado miembro participante.

-Aumentar la movilidad de los ciudadanos requiere, por una parte, más flexibilidad y, por otra, mayor seguridad jurídica. Para contribuir a este objetivo, el presente Reglamento debe reforzar la autonomía de las partes en materia de divorcio y de separación judicial, dejándoles cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o separación.

- Es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial la de un país con el que tengan una vinculación especial, o la ley del foro. La ley elegida debe ser conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

- Antes de designar la ley aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del

Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de divorcio y separación judicial. Con el fin de garantizar ese acceso a una información pertinente y de calidad, la Comisión actualiza periódicamente los datos del sistema de información al público a través de Internet, establecido mediante la Decisión 2001/470/CE.

- La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable.

- Procede definir normas relativas a la validez material y formal para facilitar la elección informada de los cónyuges y para que se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica y un mejor acceso a la justicia.

- En los casos en que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea.

Si se recurre a un órgano jurisdiccional para convertir una separación judicial en divorcio y las partes no han elegido la ley aplicable, la ley que se haya aplicado a la separación debe aplicarse también al divorcio. Esta continuidad supondría una mayor previsibilidad para las partes y aumentaría la seguridad jurídica. Si la ley que se ha aplicado a la separación judicial no prevé que esta pueda convertirse en divorcio, es conveniente que el divorcio se rija por las normas sobre conflicto de leyes que sean aplicables a falta de elección de las partes. Esto no debe impedir que los cónyuges traten de obtener el divorcio basándose en otras normas del presente Reglamento.

- Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley del Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se ha recurrido no contempla el divorcio deben interpretarse en el sentido de que la ley de tal Estado miembro carece de la figura del divorcio. En tal caso, no debe obligarse al órgano jurisdiccional a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del presente Reglamento. Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley de Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado miembro. En tal caso, no debe obligarse al órgano jurisdiccional a pronunciar una sentencia de divorcio o separación judicial en virtud del presente Reglamento.

- A falta de normas que designen la ley aplicable, es importante que las partes que elijan la ley del Estado de nacionalidad de una de ellas indiquen al mismo tiempo cuál es la unidad territorial cuya ley han elegido en caso de que el mencionado Estado comprenda varias unidades territoriales, cada una de ellas con su propio sistema jurídico o conjunto de normas aplicable al divorcio.

- El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto por su artículo 21, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. El presente Reglamento debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en cumplimiento de estos derechos y principios.

Ámbitos de aplicación del Reglamento 1259/2010:

Ámbito material: art.1.1 – se aplica en materia de divorcio y separación judicial en aquellas situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

Ámbito espacial/personal: art.4- El Reglamento tiene eficacia universal o erga omnes, se aplica por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros participantes con independencia de la nacionalidad o el domicilio de los cónyuges, y aunque que resulte aplicable no sea la de un Estado miembro participante.

Ámbito territorial: art.3.1- se aplica en el territorio de todos los Estados miembros participantes.

Ámbito temporal: arts.18 y 21- el Reglamento 1259/2010 tiene carácter irretroactivo, resulta aplicable a las demandas de divorcio y separación judicial interpuestas a partir del 21 de junio de 2012, pese a que la entrada en vigor de este instrumento se produjo el 30 de diciembre de 2010.

Concurrencia : no se produce concurrencia con el Reglamento 2201/2003 porque ambos regulan cuestiones distintas, ni con ningún otro instrumento internacional.

-Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

-El presente Reglamento no se aplica a cuestiones fiscales ni a cuestiones administrativas de Derecho público. Por consiguiente, debe corresponder al Derecho nacional determinar, por ejemplo, las modalidades de cálculo y pago de los tributos y otras prestaciones de Derecho público, ya se trate de tributos adeudados por el causante a fecha del fallecimiento, o de cualquier tipo de tributo relacionado con la sucesión que deba ser abonado con cargo a la herencia o por los beneficiarios. También debe corresponder al Derecho nacional determinar si la entrega de bienes sucesorios a los beneficiarios en virtud del presente Reglamento o la inscripción de los bienes sucesorios en un registro pueden estar sujetas a tributación.

- El presente Reglamento no debe aplicarse a ámbitos del Derecho civil distintos de la sucesión. Por motivos de claridad, algunas cuestiones que podría considerarse que tienen un vínculo con la materia sucesoria deben excluirse expresamente del ámbito de aplicación del presente Reglamento.

-El presente Reglamento permite la creación o la transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión. No obstante, no debe afectar al número limitado (numerus clausus) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros. No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su ordenamiento jurídico desconoce ese derecho. No obstante, para permitir que los beneficiarios disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante sucesión, el presente Reglamento debe prever la adaptación de un derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese otro Estado miembro. En el contexto de esa adaptación, se deben tener en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos. A fin de determinar el derecho real equivalente más cercano del Derecho nacional, se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuya ley se haya aplicado a la sucesión para obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho. A estos efectos, podría recurrirse a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, así como a cualesquiera otros medios disponibles.

-Por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a la sucesión, en casos excepcionales en los que, por ejemplo, el causante se haya mudado al Estado de su residencia habitual poco tiempo antes de su fallecimiento, y todas las circunstancias del caso indiquen que aquel tenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el causante tenía un vínculo manifiestamente más estrecho. No obstante, la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja.

-La ley determinada como aplicable a la sucesión debe regir la sucesión desde la apertura de la misma hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia tal como establece esa ley. Debe incluir cuestiones relativas a la administración de la herencia y a la responsabilidad por las deudas y cargas de la misma. El pago de las deudas en virtud de la sucesión puede, en particular en función de la ley aplicable a la sucesión, incluir la toma en consideración de un orden específico de prelación de los acreedores.

Cuando en el presente Reglamento se hace referencia a la ley que habría sido aplicable a la sucesión del causante que realizó la disposición mortis causa si hubiera fallecido en la fecha en que, según fuera el caso, realizó, modificó o revocó tal disposición, esa referencia se ha de entender como una referencia a la ley del Estado de residencia habitual del causante en esa fecha, o, en caso de haber hecho una elección de ley en virtud del presente Reglamento.

-El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Debe ser aplicado por los tribunales y otras autoridades competentes de los Estados miembros observando dichos derechos y principios.

Ámbitos de aplicación del presente reglamento:

Ámbito material: art. 1.1- El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte. No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas.

Ámbito espacial (personal) : art. 20 es de carácter erga omnes .

Ámbito territorial: es aplicable a todos los Estados miembros de la UE.

Ámbito temporal: art. 84 El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015, excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81, que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012.

- Sen encuentran en fase de elaboración los Reglamentos en materia de regímenes matrimoniales y de uniones no matrimoniales.

PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en MATERIA DE REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

El objeto principal de esta propuesta de reforma es crear un instrumento legislativo único que regule de forma uniforme todo lo relativo al régimen económico matrimonial, de forma que garantice la seguridad jurídica y la previsibilidad de la solución aplicable a un posible conflicto.

Para ello, el Reglamento regula la competencia judicial, la ley aplicable, el

reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, así como la oponibilidad de los regímenes económicos matrimoniales frente a terceros.

El ámbito de aplicación incluirá todas las cuestiones civiles de los regímenes económicos matrimoniales relacionadas con la gestión de los bienes de los cónyuges o con la liquidación del régimen, y las que surjan como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno o ambos de sus miembros. En principio, en el caso de que los cónyuges no hayan elegido la ley aplicable, se determina que la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio debe constituir la ley aplicable.

Respecto a los tribunales competentes para conocer de los litigios, cabe destacar que los procedimientos judiciales relativos al patrimonio de los cónyuges suelen estar relacionados con la liquidación del régimen económico matrimonial causada por el fin de la vida de pareja, el fallecimiento de un cónyuge o la separación. El objetivo que persigue el Reglamento es que estos procedimientos, distintos pero relacionados entre sí, puedan sustanciarse ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro. Para ello, garantiza la concordancia de las normas de determinación de la competencia de los tribunales que deben conocer de los aspectos patrimoniales de las uniones con las normas ya existentes o previstas en otros instrumentos europeos. También se unifica la ley aplicable al conjunto de los bienes de los cónyuges, tanto muebles como inmuebles, que será la del régimen económico matrimonial. Se evita así el fraccionamiento que suponía el *forum rei sitae* para los inmuebles sitos en distintos Estados (a los que se aplicaba el derecho del territorio en que se encontrasen). La propuesta prevé la libre circulación de las resoluciones, los documentos públicos con fuerza ejecutiva y las transacciones judiciales en materia de regímenes matrimoniales. Se logra de este modo un reconocimiento mutuo basado en la confianza mutua de los Estados Miembros. Para ello se idea un procedimiento uniforme, que sustituye a los procedimientos nacionales actualmente vigentes. Del mismo modo, se han armonizado a nivel europeo los motivos de no reconocimiento o de denegación de la ejecución, y se han reducido al mínimo necesario.

Demasiado extenso. Reducir. Se trata de enumerar los textos y resumir brevemente su contenido

V. Importancia del título ejecutivo europeo en el contexto de la Unión Europea: la profundización en la tutela judicial efectiva

1) ANTECEDENTES.

Las tendencias de la Unión Europea es intentar fortalecer lo que se ha venido a llamar “la quinta libertad”, es decir, la libre circulación de resoluciones dentro del espacio judicial europeo, conocido coloquialmente como “*territorio 44*”, para ello desde la década de los años `50 lo que se ha intentado es reforzar el derecho a la tutela judicial efectiva, los arts. 61. c y 65 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece *que la Comunidad deberá adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*, en dicha línea se redactó en su día el derogado Convenio de Bruselas de 1968 *entorno a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. En 1994, con la publicación del Tratado de Ámsterdam el legislador comunitario traslada el tercer al primer pilar.

Disposiciones europeas que manifiestan el aumento de la tutela judicial efectiva han sido la Directiva 2000/35/CEE, de 29 de junio *de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales*, la Recomendación de la Comisión, de 12 de mayo de 1995, *relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales*.

El *exequátur*, es decir, el reconocimiento de una resolución en un Estado que ha sido dictada por otro Estado, tiene diferentes variantes dentro la Unión Europea:

☐ En primer lugar, el modelo francés, conocido como *exequátur de "revisión"*, en el que el juez controla tanto los "hechos" como el "derecho" de la resolución, es decir, es una revisión a fondo de la resolución (*révision au fond*), entre los diferentes *exequátur* es el más favorable a los sistemas nacionalistas, este sistema fue desapareciendo poco a poco a mediados del S. XX., en Francia.

☐ En segundo lugar, el modelo italiano *exequátur mediante "control de requisitos de regulación internacional"* a diferencia del modelo francés no se controlan los "hechos" ni el "derecho", sino que la resolución se ajuste a una serie de "requisitos" de forma y de fondo, es el modelo que usa nuestro país desde 1855, hasta su futura reforma en los años venideros.

☐ En tercer lugar, el modelo europeo del *exequátur "de plano"* en este *exequátur* solo se controlan cuestiones de forma de manera que facilita la libre circulación de decisiones, potencia la tutela judicial efectiva, es más rápido y menos costoso.

☐ Y en cuarto lugar, el modelo de "*anti-exequátur*" esto supone la supresión del *exequátur* y de que la resolución extranjera pueda ser ejecutada directamente; este modelo ha sido elegido en ciertos reglamentos comunitarios como el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, del "*derecho de visita de menores*", también el Reglamento 805/2004 de 21 abril de 2004 sobre el *titulo ejecutivo europeo*, y en el Reglamento 1896/2006 de 12 diciembre 2006 del *proceso monitorio*.

2) LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA.

En el ámbito de las relaciones internacionales ha tenido una enorme importancia la proliferación de los medios de comunicación, la generalización de la utilización de los medios de transporte que hacen que aumenten de forma exponencial los desplazamientos de las personas de unos Estados a otros, desarrollándose multitud de relaciones comerciales con la nota del elemento internacional, así como el aumento de relaciones personales mixtas, como matrimonios y uniones de hecho entre cónyuges y convivientes *more uxorio*, cuestiones todas ellas que dificultan enormemente el obtener una resolución judicial, transacción judicial, arbitraje o documento público, por la complicación que empareja el elemento transfronterizo dentro del marco de la Unión Europea que dificulta los procedimientos e incluso el acceso a la justicia.

Los sistemas nacionales no pueden en muchas ocasiones solucionar el problema de que se reciba un acceso a la justicia sensible a las complicaciones que se pueden presentar con el elemento transfronterizo, así como la dificultad de hacer valer una decisión tomada por un órgano jurisdiccional, autoridad pública...etc., en otro Estado.

Es por ello que se intenta desarrollar el espacio judicial europeo marcándose como objetivo político la Unión Europea el conseguir un mayor desarrollo de la "*quinta*

libertad”, es decir, la libre circulación de decisiones dentro del espacio judicial europeo y con ello un abundamiento en el desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el año 1999 en el Consejo europeo de Tampere entre las conclusiones esta crear en la Unión Europea: *« un auténtico espacio europeo de justicia no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a las personas y empresas ejercitar sus derechos o los disuada de ejercerlos. El que las personas puedan acudir a los Tribunales y autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio exige mejorar el acceso a la Justicia, progresar en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y una mayor convergencia en los sistemas jurídicos sustantivos y adjetivos de los Estados miembros»*.

2.1) Pilares fundamentales.

Respecto a la creación de un Espacio Judicial Europeo no se intenta alcanzar mediante una unión política, sino más bien en que los propios sistemas nacionales sean dotados de las herramientas esenciales para favorecer el reconocimiento y los efectos de las resoluciones dictadas por otros Estados miembros, inspirada esta idea en el principio de reconocimiento mutuo, también la importancia de favorecer al acceso a la justicia-justicia gratuita tratado en la Directiva del Consejo, de 27 de enero de 2003, aceleración de la justicia, modos alternativos de resolución de conflictos...etc.-, y crear una tramitación procedimental en las cuestiones civiles y mercantiles más acorde con la finalidad a perseguir que es la libre circulación de decisiones intentando homogeneizar los sistemas procesales de los Estados miembros, avances en este aspecto, la Directiva del Consejo, de 27 de enero de 2003, en la que se establecen *medidas contra la morosidad en operaciones comerciales*, la creación de un Reglamento 861/2007, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un *proceso europeo de escasa cuantía*, o el Reglamento 1896/2006, de 12 de diciembre de 2006, se establece un *proceso monitorio europeo*, el Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de los conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (abril 2002), así como el Código de Conducta para Mediadores (julio 2004), o el dictar disposiciones que traten los conflictos de jurisdicción, la competencia judicial internacional, los conflictos de leyes...etc., también la creación de la Red judicial en materia civil y mercantil, mediante la Decisión 2001/470/CE, de 28 de mayo de 2001).

Respecto al mutuo reconocimiento que favorece la tutela judicial efectiva cabe destacar, que se fundamenta en:

- Respecto a la diversidad de ordenamientos jurídicos dentro del Espacio Judicial Europeo.
- Confianza entre los sistemas judiciales, es decir, que se respetarán las garantías procesales.
- Utilización de medidas estas de naturaleza política de homogeneizar los sistemas mediante directivas, reglamentos, y otros menesteres.

El pleno reconocimiento acaecerá cuando una resolución judicial despliegue sus efectos en cualquier Estado miembro sin necesidad de controles por parte de jueces del Estado requerido. Por lo tanto, cuantos menos requisitos de control se establezcan por los Estados miembros a las resoluciones judiciales dictadas en otro Estado miembro,

mejor será para garantizar la libre circulación de resoluciones, con ello la *quinta libertad*, y la tutela judicial efectiva.

3) INTRODUCCIÓN DEL REGLAMENTO 805/2004.

El título ejecutivo europeo es una herramienta utilizada por el Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE, el cual entró en vigor el 21 de enero de 2005, y su aplicación a partir del 21 de octubre de 2005, en que esta disposición será únicamente aplicable a resoluciones dictadas, a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizada o registradas con posterioridad de la entrada en vigor del presente reglamento.

El título ejecutivo europeo fue aprobado el 30 de noviembre de 2000, por el Consejo el cual adoptó un programa de medidas para el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Para favorecer la libre circulación dentro del espacio judicial europeo se incardina el Reglamento 805/2004, su finalidad es la de favorecer la libre circulación de determinadas resoluciones, transacciones y documentos públicos, se intenta con ello favorecer la cooperación judicial civil favoreciendo la libre circulación de títulos ejecutivos de manera que se reduzcan demoras y gastos innecesarios para beneficiar la *quinta la libertad*, es decir, la libre circulación de resoluciones en la UE.

Se utiliza la herramienta jurídica del Reglamento norma que por su propia naturaleza es obligatoria y de aplicación directa en los Estados miembros, no se usa la Directiva norma que deja al libre arbitrio de cada Estado miembro su transposición y crea problemas en cuanto la interpretación, para tratar de esta manera que impere esencialmente el principio de confianza recíproca en la Administración de Justicia de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea. El Reglamento es de aplicación obligatoria en todos los Estados miembros excepto Dinamarca.

Este reglamento es compatible con el Reglamento 44/2001 se permite en el caso de que se den los requisitos necesarios la aplicación del Reglamento 805/2004, pero también se podrá usar el Reglamento 44/2001, será optativo por la parte interesada.

La cuestión más importante de este Reglamento 805/2004 es la supresión del exequátur, que favorece la libre circulación de documentos públicos con fuerza ejecutiva, el artículo 5 de dicho Reglamento establece: «*resolución que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen y que será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento*».

El Reglamento 805/2004 funciona a través de una serie de formularios estándar, que son los siguientes:

- a) El Anexo I (certificado de título ejecutivo europeo resoluciones judiciales);
- b) El Anexo II (certificado de título ejecutivo europeo transacción judicial);
- c) El Anexo III (certificado de título ejecutivo europeo [documento público con fuerza ejecutiva]);

- d) El Anexo IV (certificado de la falta o limitación de ejecutoriedad;
- e) El Anexo V (certificado sustitutorio de título ejecutivo europeo emitido como consecuencia de un recurso);
- f) El Anexo VI (solicitud de rectificación o revocación del certificado de título ejecutivo europeo).

3.0) Objeto del Reglamento 805/2004.

El Reglamento 805/2004 tiene como objeto según su artículo 1 la de crear un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, para beneficiar esto se instituyen una mínima intromisión de las disposiciones procesales del Estado de ejecución, ya que cuanto menos requisitos se exijan a priori más fácil será la libre circulación de resoluciones, transacciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin procedimientos intermedios. Por otra parte, no se exige un control de fondo de las resoluciones, transacciones y documentos públicos lo que disminuye los costes y las dilaciones de tiempo. Ventajas del Reglamento 805/2004:

- a) Respecto al Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre, el Reglamento 805/2004 reduce los trámites sobre el reconocimiento y ejecución de las Resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, suprimiendo el exequátur.
- b) Favorece el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva reconocida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- c) Establece un marco mínimo de Derecho procesales para la persona afectada por el título ejecutivo europeo.

3.1) Ámbito de aplicación material.

De manera general el Reglamento 805/2004 se aplica a materias civiles y mercantiles al igual que el Reglamento 44/2001, sin embargo, a diferencia del Reglamento 44/2001 la naturaleza de los órganos que pueden dictar resoluciones, transacción y documentos públicos con fuerza ejecutiva que puedan ser certificados como título ejecutivo es más amplio.

Los documentos para ser ejecutivos tienen que poseer las siguientes notas características:

- a) Ser un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva.
- b) Que se de la nota de la autenticidad, es decir, que la firma y el contenido haya sido establecido por un poder público o autoridad facultada.

Se excluyen la materia fiscal, aduanera o administrativa cuestión importante para los Estados del mundo anglosajón, así como los actos de iure imperi, es decir, cuando el Estado incurre en responsabilidad por acciones y omisiones en el ejercicio de su autoridad.

Muy similar al Reglamento 44/2001 en la exclusión de algunas materias enumeradas en el art. 2.2 del Reglamento 805/2004, que son las siguientes:

- a) El estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes económicos matrimoniales, los testamentos y las sucesiones;
- b) La quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos;
- c) La seguridad social;
- d) El arbitraje.

El Reglamento 805/2004 anuncia que habrá un Estado de origen que será aquel en que se dicte la resolución, la transacción o el documento público con fuerza ejecutiva, que se certificará mediante la herramienta del título ejecutivo europeo señalándose en el mismo los Estados de ejecución, es decir, los Estados en los que se quiera hacer valer los efectos de dichos documentos.

Los documentos que pueden tener fuerza ejecutiva y que podrán certificarse como título ejecutivo europeo según el Reglamento 805/2004 son:

- a) Las resoluciones*.
- b) Transacciones judiciales*.
- c) Documentos públicos*.
- d) Las decisiones en vía de recurso de los documentos anteriores*.

*Todos estos documentos deben versar sobre créditos no impugnados.

El Reglamento 805/2004 permite que de estos documentos con fuerza ejecutiva cuando en ellos se establezcan diversas pretensiones o cuestiones, darle eficacia de título ejecutivo a algunas de ellas y a otras no, es decir, se permite el título ejecutivo parcial, al igual que ocurre con el Reglamento 44/2001, cuando permite el reconocimiento parcial de resoluciones judiciales.

El Reglamento 805/2004 es decepcionante porque limita sus beneficios efectos a los créditos “*no impugnados*”, es decir, a los “*no litigiosos*” en efecto resulta difícil de explicar porque no se ha establecido una ejecución directa, sin exequátur, respecto de los créditos “*litigiosos*”, ya que en el Estado de origen ambas partes han podido defender sus posiciones. Es decir, “*el mutuo reconocimiento*” y la “*confianza mutua*” en la Unión Europea se queda a medio camino (P. BLANCO MORALES/ A. DURÁN AYAGO. E. JEULAND).

3.1.1) Conceptos: Crédito, resolución judicial, transacción, documentos públicos y créditos que no sea impugnado.
Crédito.

La ley de enjuiciamiento civil en sus artículos 571 y 572 establece por concepto de crédito, en primer lugar, el importe determinado en dinero y por tanto liquido, por ejecución dineraria se resultará cuando se tenga un título ejecutivo, que directa o indirectamente surja el deber de proporcionar una cantidad de dinero liquida, siendo cantidad liquida aquella que aparezca en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles-signo que exprese una cantidad de dinero-. Además es posible también solicitar:

- a) Los intereses y costas que se devenguen en la tramitación del procedimiento.
- b) Las cantidades cifradas en escrituras públicas, en pólizas.

No será necesario que la cantidad venga expresada en euros, sino que basta con que venga expresada en moneda de curso legal.

Resolución judicial.

Por resolución judicial se entiende cualquier decisión adopta por un Tribunal de un Estado miembro con independencia del nombre que reciba, por lo tanto, se incluyen los autos, providencias, sentencias, mandamientos de ejecución, y también los documentos dictados por el secretario judicial como cuando dicte resolución para liquidar las costas del proceso.

En el caso de Suecia en los procedimientos sumarios de requerimiento de pago dictado por el Servicio público sueco de ejecución forzosa.

Transacción judicial.

La transacción judicial es aquel acuerdo que adoptan las partes en sede judicial que posteriormente es ratificado por el juez, que actúa en este caso como fedatario público. Para que sea título ejecutivo dicho acuerdo ratificado por el juez tiene que gozar fuerza ejecutiva.

. Documento público.

Los documentos públicos son aquellos dictados por funcionario, autoridad pública competente, o autorizado, que ha sido registrado como tal y tenga la nota de la autenticidad, es decir, que la firma y el contenido haya sido establecido por un poder público o autoridad facultada, y que tenga fuerza ejecutiva. Además, dichos documentos según enuncia el art. 25 del Reglamento 805/2004 ha de certificarse utilizando el formulario recogido en el anexo III de dicho Reglamento.

En el caso español son documentos públicos (Art. 517 LEC):

- a) Escrituras públicas si son primera copia.
- b) Escritura pública que no sea primera copia que este dado en mandamiento judicial con audiencia a la persona perjudicada.
- c) Pólizas de contratos mercantiles firmados por las partes.
- d) Títulos cambiarios.

- e) Certificados de registros contables, como los del mercado de valores.
- f) Documentos que lleven aparejados ejecución.

Crédito que no sea impugnado.

El Reglamento 805/2004 tiene un concepto autónomo recogido en su art. 3 sobre lo que es un crédito que no sea impugnado que reza lo siguiente:

- a) El deudor ha manifestado expresamente su acuerdo sobre el mismo, mediante su admisión o mediante transacción aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrada en el curso de un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional; o bien,
- b) El deudor nunca lo ha impugnado, con cumplimiento de los pertinentes requisitos procesales de la ley del Estado miembro de origen, en el marco de un procedimiento judicial; o bien,
- c) El deudor no ha comparecido ni ha sido representado en la vista relativa a dicho crédito después de haber impugnado inicialmente el crédito en el transcurso del procedimiento judicial, siempre que dicho comportamiento equivalga a una aceptación tácita del crédito o de los hechos alegados por el acreedor de acuerdo con la legislación del Estado miembro de origen; o bien,
- d) El deudor lo ha aceptado expresamente en un documento público con fuerza ejecutiva.

3.2) Ámbito de aplicación temporal.

Según el art. 26 del Reglamento 805/2004 que dice así: *Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las resoluciones dictadas, a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento.* Cabe señalar que dicho Reglamento entró en vigor el 21 de enero de 2005, se le puede aplicar a las resoluciones judiciales, transacciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva a partir de la misma fecha y aplicabilidad para los Estados miembros a partir del 21 de octubre de 2005.

3.3) Ámbito de aplicación territorial.

Respecto al ámbito de aplicación territorial decir que el Reglamento es aplicable a todos los Estados miembros en el considerando 25 del Reglamento 805/2004, a excepción de Dinamarca conforme a los arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, no participa en la adopción del mismo, y el propio Reglamento 805/2004 dice que no es aplicable a Dinamarca en el art. 2.3.

4) CLASES DE CERTIFICADOS.

Se pueden distinguir 4 tipos de certificados de título europeo en el Reglamento 805/2001 a saber:

- a) El certificado de título ejecutivo europeo dictado por autoridad competente en resolución judicial, transacción judicial y documento público con fuerza ejecutiva siguiendo el formulario del anexo III y con las formalidades que la ley dispone.
- b) El Certificado de título ejecutivo parcial que certifica determinadas partes de una resolución judicial, transacción judicial y documento público con fuerza ejecutiva que cumplan los requisitos del Reglamento 805/2004.
- c) Cuando a una resolución no firme que haya sido certificada se haya interpuesto recurso y cuya decisión es igualmente con fuerza ejecutiva se certificara también la segunda decisión y tendrá carácter sustitutorio.
- d) El certificado de título europeo rectificado que se produce cuando en la resolución judicial, transacción judicial o documento público hay un error que posteriormente es enmendado.

4.0) Requisitos específicos.

Será tarea de cada Estado miembro establecer que autoridades competentes podrán expedir el certificado de título ejecutivo europeo. En el caso español las autoridades competentes vienen recogidas en la Disposición final 20.^a LEC introducida a su vez por la Ley 19/2006 de 5 de junio. Que serán las siguientes:

- Órgano jurisdiccional que en el caso concreto haya dictado una resolución judicial con la que se expida el certificado de título ejecutivo europeo. Se hará mediante “providencia”. Así pues, también será competente en los casos de rectificación de errores y la revocación del título ejecutivo europeo.
- El notario autorizante respecto a los documentos públicos con fuerza ejecutiva, también será competente para la subsanación de errores y la revocación del título ejecutivo europeo.
- En el caso de certificados sustitutorios el órgano administrativo o judicial que hubiera expedido la resolución primera.

4.0.0) Requisitos referidos a las decisiones judiciales:

I. Normas referidas a las notificaciones del deudor.

Los arts. 12, 13 y 14 del Reglamento 805/2004 establecen unos requisitos mínimos que deben darse en la notificación del deudor para que una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva se pueda certificar como

titulo ejecutivo europeo, hay varios métodos de notificación, que se pueden dividir en dos grandes grupos;

- a) Los del art. 13 del Reglamento 805/2006, *notificaciones con acuse de recibo por parte del deudor*, y,
- b) El art. 14 del mismo Reglamento, *sobre las notificaciones por sustitución o sin acuse de recibo por parte del deudor*, estos métodos garantizan en ocasiones una certitud total de que ha sido recibida la notificación por el deudor y otros muestran un alto grado de probabilidad de que las haya recibido, son los siguientes:

El escrito de incoación o documento equivalente podrán haberse notificado al deudor mediante alguna de las siguientes formas:

- a) Notificación personal acreditada por acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado por el deudor;
- b) Notificación personal acreditada por un documento firmado por la persona competente que la haya realizado en el que declare que el deudor recibió el documento o que se negó a recibirlo sin justificación legal y en el que conste la fecha de la notificación;
- c) Notificación por correo acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y renviado por el deudor;
- d) Notificación por medios electrónicos como telecopia o correo electrónico, acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y renviado por el deudor.

Toda citación para una vista podrá haberse notificado al deudor con arreglo al apartado 1 o verbalmente en una vista anterior sobre la misma demanda y constará en el acta de dicha vista previa.

La notificación al deudor del escrito de incoación o documento equivalente y, en su caso, la citación para una vista se podrá haber realizado asimismo de alguna de las siguientes formas:

- a) Notificación personal, en el domicilio del deudor, a personas que vivan en la misma dirección que éste, o estén empleadas en ese lugar;

b) En caso de un deudor que es trabajador por cuenta propia, o de una persona jurídica, notificación personal, en el establecimiento comercial del deudor a personas empleadas por él;

c) Depósito del escrito en el buzón del deudor;

d) Depósito del escrito en una oficina de correos o ante las autoridades públicas competentes y notificación escrita de dicho depósito en el buzón del deudor, si en la notificación escrita consta claramente el carácter judicial del escrito o el hecho de que tiene como efecto jurídico hacer efectiva la notificación y, por tanto, constituir la fecha de inicio del cómputo de los plazos pertinentes;

e) notificación por correo sin acuse de recibo con arreglo al apartado 3 cuando el deudor esté domiciliado en el Estado miembro de origen;

f) Por medios electrónicos con acuse de recibo acreditado mediante una confirmación automática de entrega, siempre que el deudor haya aceptado expresamente con anterioridad este medio de notificación.

A efectos del presente Reglamento, no será admisible la notificación con arreglo al apartado 1 si no se conoce con certeza el domicilio del deudor.

Dará fe de la notificación realizada con arreglo a las letras a) a d) del apartado 1:

a) Un documento firmado por la persona competente que haya efectuado la notificación en el que consten:

i) La forma utilizada para la notificación; y

ii) La fecha de la notificación, y

iii) Cuando el escrito se haya notificado a una persona distinta del deudor, el nombre de dicha persona y su relación con el deudor; o bien b) un acuse de recibo de la persona que haya recibido la notificación a efectos de las letras a) y b) del apartado 1.

II. Normas procesales referidas a la información ofrecida (debida) al deudor en el procedimiento.

Según el art. 16 del Reglamento 805/2004 al deudor con la notificación se le tienen que informar de una serie de puntos:

- Nombre y dirección de las partes.
- El importe del crédito.
- Si se reclaman intereses sobre el crédito, el tipo de interés y el periodo respecto del cual se exijan dichos intereses, a menos que, en virtud de la legislación del Estado miembro de origen, se añada un interés legal al principal automáticamente.
- Una motivación de la acción.

En el caso de nuestro derecho el auto de incoación no compone en si una motivación de la acción, aunque si que si se añade copia completa de la demanda, el requisito de la motivación queda suplido.

El art. 17 del Reglamento 805/2004, trata sobre la información debida del deudor respecto de los requisitos procesales para impugnar el crédito.

- Los requisitos procesales para impugnar el crédito, incluido el plazo para impugnar el crédito por escrito o la fecha para la vista, según proceda, el nombre y la dirección de la institución a la que deba responder o ante la que deba comparecer, según proceda, y, si es obligatoria, la presencia de un letrado;
- Las consecuencias de la ausencia de impugnación o de la incomparecencia, en particular, si procede, la posibilidad de una resolución contraria al deudor o de la ejecución de una resolución contra el deudor, así como la responsabilidad del pago de las costas procesales.

El art.18 del Reglamento 805/2004 recoge la posibilidad de que si falta algún requisito de los artículos anteriores se pueda subsanar posteriormente dicha notificación.

Se podrá además certificar como titulo ejecutivo europeo:

- Cuando se cumplan los requisitos de la notificación al deudor previstos en los arts. 16 y 17 del Reglamento 805/2004.
- Cuando el deudor pudiera podido impugnar la resolución con un recurso de revisión plena.

- Cuando se haya notificado la resolución con los requisitos previstos por la norma y el deudor no se haya opuesto.

III. Normas mínimas referidas a la posibilidad de revisión de la resolución dictada en el procedimiento.

El art. 19 del Reglamento 805/2004 contiene la posibilidad de revisión cuando se hayan cumplido las exigencias de la notificación del art. 14, en el caso de que se haya notificado sin acuse de recibo y el deudor en el caso concreto no haya tenido la posibilidad de preparar su defensa, por ejemplo, cuando no se hubieran respetado en el caso de nuestro país los requisitos de plazo entre la citación y la vista, o el plazo del recurso de apelación, nulidad, fuerza mayor o por circunstancias ajenas al deudor que no le hubieran permitido poder impugnar el crédito. Ej.: La estancia hospitalaria.

En España, esto se lleva a cabo siguiendo los arts. 501 y ss., de la LEC 1/2000 mediante la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde.

4.0.1) Requisitos referidos a las transacciones judiciales.

Los requisitos para las transacciones judiciales son:

- Que sean transacciones realizadas en el curso de un procedimiento judicial aprobadas por un órgano jurisdiccional.
- Que sean ejecutorias en el Estado miembro donde se han aprobado y celebrado.
- Que se solicite al órgano jurisdiccional que haya aprobado la transacción la expedición de la certificación, mediante el formulario normalizado del Anexo II.

4.0.2) Requisitos referidos a los documentos públicos con fuerza ejecutiva.

Se regula en el art. 25 del Reglamento 805/2004, se le deberá hacer una previa petición a la autoridad designada por el Estado miembro de origen, rellenando el formulario del Anexo III, y que este formalizado y registrado en el Estado de origen.

5) PROCEDIMIENTO.

El art. 9 del Reglamento 805/2004 indica que el certificado de título ejecutivo europeo tendrá que ser rellenado en el mismo idioma que la resolución. Se podrán pedir copias que cumplan los requisitos de autenticidad.

Se tendrá que rellenar los formularios indicando el Estado de origen y órgano que dicta la resolución o autoridad que otorga el certificado, datos de dichos órganos, la resolución o documento a la que hace referencia, identificación de deudor y acreedor, la cuantía del crédito, la moneda, cuando son los vencimientos, respecto de crédito si tiene intereses, costas del procedimiento, recursos a la resolución, forma de notificación al deudor con los requisitos explicados anteriormente y otras informaciones de interés.

Art. 7 del Reglamento 805/2004, cuando una resolución incluya una decisión ejecutiva relativa al importe de las costas procesales, con inclusión de los tipos de interés aplicables, se certificará como título ejecutivo europeo también por lo que se refiere a las costas, a no ser que el deudor de forma expresa se haya opuesto en el curso de un procedimiento judicial a soportar dichas costas con arreglo al Derecho del Estado miembro de origen.

5.0) Efectos.

El art. 11 del Reglamento 805/2004 establece que la resolución certificada mediante título ejecutivo europeo surtirá efectos únicamente dentro de la fuerza ejecutiva de la resolución. Aunque se pueden limitar los efectos si hay revocación o rectificación.

El Anexo IV cuando sea utilizado para certificar un título ejecutivo europeo según el art. 6.2 del Reglamento 805/2004, haya cesado de ser ejecutiva o se haya suspendido o limitado su ejecutividad se emite una solicitud ante el órgano jurisdiccional con un certificado donde se indique la falta o limitación de ejecutividad.

5.1) Ejecución del título ejecutivo.

El Reglamento 805/2004 establece la ejecución en los arts. 20 a 23, para resoluciones judiciales, transacciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin embargo, estas dos últimas clases de documentos tienen una serie de salvedades no se les aplica el art. 21.1 y 22.

La normativa a aplicar será la de cada Estado miembro para la ejecución, así pues el derecho interno tiene carácter instrumental en este punto, en el caso español serán los art. 517 y ss., de la LEC 1/2000, por lo tanto se elimina el trámite intermedio del exequátur o declaración de ejecutividad.

Las resoluciones certificadas como título ejecutivo europeo en un Estado miembro surte en los demás Estados miembros dos tipos de efectos:

1.-Efectos propios del reconocimiento. Se trata de los efectos procesales.

2.-Los efectos propios del exequátur. Que son los efectos ejecutivos.

No obstante, una diferencia es importante (art. 11 del Reglamento 805/2004):

- (a) El reconocimiento de una decisión judicial certificada como título ejecutivo europeo deriva directamente del Reglamento 805/2004: El art. 5 del Reglamento 805/2004 indica que es imposible impugnar el reconocimiento de tal decisión certificada como título ejecutivo europeo.
- (b) El Reglamento 805/2004 no otorga el reconocimiento a las transacciones judiciales ni a los documentos públicos con fuerza ejecutiva aunque hayan sido certificadas como título ejecutivo europeo.

El beneficiado por el título ejecutivo europeo puede instar su ejercicio directo en cualquier Estado miembro. El título ejecutivo europeo es ejecutivo de plano en todos los Estados miembros.

Los trámites para la ejecución del título ejecutivo europeo. Son los establecidos en el art. 4 del Reglamento 805/2004 completados por lo recogido con la ley del Estado donde se insta la ejecución. Varios datos deben precisarse:

1.-Documentos a presentar: La ejecución de un título ejecutivo en cualquier Estado miembro exige la presentación de estos documentos:

- a.-Copia de la resolución que cumpla con las condiciones necesarias de autenticidad.
- b.-Copia de certificado del título ejecutivo europeo, que cumpla con las condiciones necesarias de autenticidad.
- c.-En caso de que sea necesaria la transcripción del certificado del título ejecutivo europeo o una traducción de la traducción del título ejecutivo europeo en el Estado miembro de ejecución.

No se exige legalización ni apostilla del título ejecutivo europeo ni se puede jamás exigir caución o fianza al acreedor que inste la ejecución del título ejecutivo europeo.

2.-Cuestiones de puro procedimiento: Tales cuestiones se rigen por la ley del Estado de ejecución. En España se requiere intervención de abogado y procurador, en los términos del art. 28, 31 y 539 LEC, y la redacción de una demanda de ejecución art. 517 y 549 LEC.

3.-Competencia para ejecución del título ejecutivo europeo: En España corresponderá al juzgado de primera instancia del domicilio del demandado o del lugar de ejecución.

5.2) Denegación de ejecución.

1.-Las causas de oposición a la ejecución: Ciertos autores indican que las causas de oposición a la ejecución del título ejecutivo europeo son aquellas dos causas establecidas en el reglamento 805/2004 y además las recogidas en la ley del Estado miembro donde se desee ejecutar el título ejecutivo europeo. Argumento: El título ejecutivo europeo se equipara a una decisión nacional (Art. 20.1 del Reglamento 805/2004). Y si a esa decisión nacional se le puede oponer ciertas causas de oposición prevista en la legislación procesal del Estado miembro de ejecución pues también a un título ejecutivo europeo. La jurisprudencia española parece seguir esta tesis, sin embargo, otros autores indican que la única causa de oposición y denegación de la ejecución es la recogida en el art. 21 del Reglamento 805/2004.

2.-Las causas de denegación reguladas en el Reglamento 805/2004: El art. 21 del Reglamento 805/2004 establece una causa de denegación de la ejecución del título ejecutivo europeo. A instancia del deudor, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución denegará la ejecución si la resolución certificada como título ejecutivo europeo es incompatible con una resolución dictada con anterioridad a un Estado miembro o tercer Estado. Siempre que:

- (a) La resolución anterior tenga el mismo objeto y se refiera a las mismas partes.
- (b) La resolución anterior se haya dictado en el Estado miembro de ejecución o cumpla las condiciones necesarias para ser reconocidas en el Estado miembro de ejecución y,
- (c) No se haya alegado y no haya podido alegarse la incompatibilidad para impugnar el crédito durante el procedimiento judicial en el Estado miembro de origen.

Tener en cuenta que estas causas de denegación de la ejecución solo es operativa frente a un título ejecutivo europeo que certifica una resolución judicial y no frente a un título ejecutivo europeo que certifique un documento público con fuerza ejecutiva o una transacción judicial.

3.-Imposible control de la regularidad: No se puede denegar en ningún caso la ejecución de un título ejecutivo europeo aunque sea contraria al orden público internacional del Estado requerido.

4.-La suspensión o limitación de la ejecución: El art. 23 del Reglamento 805/2004 indica que si el deudor hubiere impugnado una resolución certificada como título ejecutivo europeo o hubiere solicitado su rectificación o revocación (art. 10) entonces la autoridad competente en el Estado miembro de ejecución podrá, a instancia del deudor:

- (a) Limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares.
- (b) Subordinar la ejecución a la constitución de una garantía que determinara dicho órgano jurisdiccional o autoridades competentes.
- (c) En circunstancias excepcionales, suspender el procedimiento de ejecución.

6.) BIBLIOGRAFÍA.

- ☐ Presente y futuro del espacio judicial europeo en el ámbito civil y mercantil. El principio de reconocimiento mutuo. Autor: Joaquín Delgado Martín, Magistrado. Letrado Jefe del Servicio Central de Secretaría del Consejo General del Poder Judicial. Doctor en Derecho. Experto Colaborador de la Red Judicial Española de Cooperación Internacional (REJUE). Práctica de Tribunales, nº 28, Sección Estudios, Junio 2006, Editorial LA LEY.
- ☐ El título Ejecutivo Europeo. Por Enrique Sanjuán y Muñoz. Magistrado especialista en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Palma de Mallorca. Diario La Ley, Nº 6082, Sección Doctrina, 9 Sep. 2004, Año XXV, Ref. D-178, Editorial LA LEY. Diario La Ley, Nº 6083, Sección Doctrina, 10 Sep. 2004, Año XXV, Ref. D-178, Editorial LA LEY.
- ☐ El título ejecutivo europeo: Un paso hacia el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Uria y Menendez. 11-2005.
- ☐ El título ejecutivo europeo y su aplicación a las transacciones y los documentos públicos con fuerza ejecutiva. Raquel BONACHERA VILLEGAS. Profesora de Derecho Procesal. Universidad de Almería (1). Diario La Ley, Nº 7558, Sección Doctrina, , Año XXXII, Ref. D-38, Editorial LA LEY.
- ☐ La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo. María LÓPEZ DE TEJADA RUIZ. Universidad Panthéon-Assas (1). Diario La Ley, Nº 7766, Sección Tribuna, 30 Dic. 2011, Año XXXII, Ref. D-490, Editorial LA LEY.
- ☐ TÍTULO EJECUTIVO. Martín Mesonero, Javier. Perales Candela, Manuel. Enciclopedia Jurídica. LA LEY 4216/2008.
- ☐ Derecho internacional Privado. Volumen I, Autores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, ISBN:9788498369595. 724 páginas, 13ª edición, En distribución desde: julio 2012.

VI. El TJUE como garante de la aplicación uniforme de las normas de Dipr de la Unión Europea

CUESTIÓN PREVIA

Es obligado comenzar un trabajo sobre la cualidad de garante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación uniforme de las normas de Derecho Internacional Privado, citando la conmemoración de los cincuenta años desde la **sentencia Van Gend en Loos** del 5 de febrero de 1963, mediante la cual se estableció el principio de efecto directo del Derecho de la Unión, sentencia que procede de una respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional neerlandés (la Tariefcommissie).

El litigio principal había sido incoado por la empresa de transporte Van Gend & Loos, que, al importar mercancías de Alemania en los Países Bajos, debía liquidar derechos de aduana que consideraba contrarios a la norma del Tratado CEE por la que se prohibía a los Estados miembros incrementar los derechos de aduana en sus relaciones comerciales recíprocas.

El principio de efecto directo o también denominado de aplicabilidad directa, está vinculado a la posibilidad de los particulares de poder invocar directamente una norma europea ante una jurisdicción nacional o europea, sin necesidad de que existan textos en el derecho nacional, garantizando, por ello, la aplicabilidad y la eficacia del Derecho Europeo en los Estados miembros.

DOBLE EFECTO DEL PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA.

Efecto directo vertical: interviene en las relaciones entre los particulares y el Estado, lo que significa que los particulares pueden prevalerse de una norma europea frente al estado.

Efecto directo horizontal; interviene en las relaciones entre particulares, lo que significa que un particular puede prevalerse de una norma europea frente a otro particular.

Con esta distinción, introducimos la primera limitación; en función al acto en cuestión se admite el efecto directo completo, tanto horizontal como vertical, o limitada al efecto vertical.

Efecto directo y Derecho primario

En la sentencia Van Gend en Loos el Tribunal indicó como condición que las obligaciones deben ser **precisas, claras, incondicionales y no requerir medidas complementarias**, tanto de carácter nacional como europeo, así en la sentencia Becker (sentencia de 19 de enero de 1982), el Tribunal de Justicia rechaza el efecto directo en cuanto los Estados poseen un margen de maniobra relativa a la aplicación de la disposición contemplada (sentencia de 12 de diciembre de 1990, Kaefer y Procacci), por muy mínima que sea.

Efecto directo y Derecho derivado

Cuando se aplica a los actos procedentes del Derecho derivado, aprobados por las instituciones en base a los tratados constitutivos, tenemos que analizar los efectos en función al tipo de acto:

1. Reglamento:

Siempre tienen un efecto directo. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE efectivamente señala que los reglamentos son directamente aplicables en los Estados miembros. El Tribunal de Justicia indica en la sentencia Politi del 14 de diciembre de 1971 que se trata de un efecto directo completo.

2. Directiva:

El Tribunal establece en su jurisprudencia que una directiva tendrá un efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas (sentencia del 4 de diciembre de 1974, Van Duyn). Sin embargo, el efecto directo solo puede ser de carácter vertical y únicamente es válido si los Estados miembros no han transpuesto la directiva en los plazos correspondientes (sentencia del 5 de abril de 1979, Ratti).

3. Decisión:

Pueden tener un efecto directo si designan un Estado miembro como destinatario. En tal caso, el Tribunal de Justicia reconoce un efecto directo únicamente vertical (sentencia del 10 de noviembre de 1972, Hansa Fleisch).

4. Acuerdos Internacionales:

En este supuesto la sentencia Demirel del 30 de septiembre de 1987, el Tribunal de Justicia reconoce un efecto directo a determinados acuerdos en función de los mismos criterios que se desprenden de la sentencia Van Gend en Loos.

5. Dictámenes y recomendaciones:

Ninguna de las dos tiene una fuerza jurídica vinculante. En consecuencia, no tienen efecto directo.

LOS PRINCIPIOS DEL TRIBUNAL

-

El TJUE ha establecido tres grandes principios por medio de su jurisprudencia. Hablamos del principio del **efecto directo del Derecho Comunitario en los Estados miembros**, la primacía del Derecho Comunitario sobre la normativa interna y el principio de responsabilidad de los Estados miembros frente a sus particulares en caso de causar daño por no cumplir el

Estado el Derecho Comunitario. Efecto citado en el ejemplo que encabeza este trabajo

Las sentencias más relevantes en este sentido son la sentencia Van Gend & Loose de 1963, la sentencia Costa de 1964 y la sentencia Francovich de 1991 (entre otras), respectivamente. La segunda sentencia se refiere también a la cuestión de la supremacía; un tribunal italiano cuestiona al TJUE si una Ley nacional del sector energético era compatible con el TCEE; en base a este cuestionamiento nace la doctrina de la supremacía fundamentándose en que por la propia naturaleza del ordenamiento comunitario es de obligada aplicación uniforme en todos los Estados miembros. Finalmente la sentencia del 91 otorga el derecho a los ciudadanos de reclamar una indemnización al Estado miembro que incumpla el Derecho Comunitario causando daños a los particulares; el caso versó sobre trabajadores despedidos que no recibieron la indemnización que hubieran percibido si el Estado italiano hubiese adaptado su normativa a lo establecido comunitariamente.

Las sentencias del TJUE tienen un impacto en los ciudadanos y en su vida diaria como veremos ejemplificado con las siguientes sentencias respecto de la **libre circulación, los derechos fundamentales, la ciudadanía de la Unión, la libre prestación de servicios y la igualdad de trato y derechos sociales**.

Por lo que respecta a la **libre circulación de mercadería** partimos de la sentencia Cassis de Dijon de 1979 a partir de la cual se permite la importación de cualquier producto fabricado legalmente en otro Estado miembro y comercializado en este siempre que no se opongan causas imperativas como la protección a la salud en el Estado importador.

En cuanto a la **libertad de circulación de las personas** tenemos abundante jurisprudencia pero utilizaremos como ejemplo la sentencia Kraus de 1993 en la que el Tribunal establece que un ciudadano europeo poseedor de un título universitario extendido en un Estado miembro puede acceder a una profesión o al ejercicio de una actividad económica en los demás Estados miembros; se permite que el Estado receptor establezca trámites para la verificación de que el título se haya expedido de forma regular.

Sobre los **derechos fundamentales** vemos que se ha aumentado la protección de los mismos en el momento en el que el Tribunal declaró que forman parte de los principios generales del Derecho que la institución pretende garantizar. El Tribunal se basa en los diferentes tratados existentes sobre el tema, sobre todo el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Vemos que desde el 2009 la protección se refuerza aún más ya que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se permite al TJUE aplicar e interpretar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

En cuanto a la **ciudadanía de la Unión** partimos de que esta se reconoce a todo sujeto nacional de un Estado miembro. Este estatus implica la libre circulación de personas, como sabemos los nacionales de cualquier Estado miembro pueden residir en el territorio de otro. Tenemos una sentencia de 2004, Zhu y Chen, en la que un menor de edad nacional de un Estado miembro estaba siendo privado de residir en otro ya que su madre era nacional de un tercer Estado; el TJUE dictaminó que no otorgar el derecho de residencia a la madre privaba al menor de todo efecto útil al derecho de residencia del niño. Lo cual también contraría el **derecho de libre circulación de las personas**.

Para hablar de la **libre prestación de servicios** volvemos a la libre circulación. En sus inicios el derecho a la libre circulación de los destinatarios de la prestación de un servicio no se reconocía dentro del Derecho Comunitario, sólo se reconocía el derecho del prestador de los servicios. Empero, se ha visto extendido a los destinatarios por

medio de una asentada jurisprudencia del Tribunal. Debemos empezar con los asuntos Luisi y Carbone donde se reconoce este derecho pero no de forma general sino sólo para quienes efectivamente iban a recibir un servicio, refiriéndose concretamente a los turistas, beneficiarios de servicios médicos y quienes viajasen por estudios o trabajo.

Establecía en este momento que pueden trasladarse para recibir el servicio sin sufrir restricciones y que quienes viajen por los motivos antes mencionados se considerarán destinatarios de servicios. En la sentencia Cowan de 1989 el Tribunal amplía la noción de turista como destinatario de servicios aceptando como tal a un turista aún cuando el servicio no se preste efectiva sino potencialmente. Esta jurisprudencia rechaza que se pueda impedir el ingreso de un turista comunitario porque al momento de su entrada en el territorio no disponga de medios económicos para considerarlo destinatario de servicios.

El Tribunal, en esta sentencia, decía que el turista británico al sufrir una agresión en el metro de París era el destinatario de una prestación de servicios y que debía aplicarse el principio de **no discriminación por razón de la nacionalidad** teniendo el mismo derecho a una indemnización que cualquier nacional francés. Posteriormente, como consecuencia de peticiones prejudiciales planteadas por tribunales de Luxemburgo declara en 1998 en la sentencia Kohil que la denegación del derecho al reembolso de los gastos de un asegurado por un tratamiento otorgado en otro Estado miembro obstruía injustificadamente el derecho a la libre prestación de servicios.

En lo que atañe a la **igualdad de trato y los derechos sociales** nos enfocaremos en el ámbito laboral para delinearlos. En 1976 un tribunal belga plantea al TJUE una cuestión relativa a la demanda de una azafata que reclamaba la diferencia en la remuneración que ella recibía respecto a la de sus compañeros hombre aunque desempeñaran las mismas funciones. El Tribunal en la sentencia Defrenne destacó que el Tratado establece el principio de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo y que esta disposición tiene aplicación y efecto directo. Otra situación laboral en la que vemos el efecto de la protección del Tribunal hacia la igualdad de trato es en referencia a los despidos a mujeres por razón de un embarazo. En la sentencia Brown el Tribunal dispuso que despedir a una empleada basándose en ausencias ocasionadas por **problemas relacionados con el embarazo** supone una discriminación ilícita por razón de sexo y dicho despido era contrario al Derecho Comunitario. Por otro lado vemos la protección hacia el derecho de vacaciones anuales pagadas; la sentencia BECTU de 2001 declara este derecho como un derecho social reconocido comunitariamente a todos los trabajadores sin que, como hacía la ley británica que se impugnaba, pudieran excluirse por contratos de trabajo de corta duración.

COMPARATIVA CON OTRAS INSTITUCIONES SIMILARES

-

Para intentar comparar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con cualquier otro a nivel mundial debemos partir de que no existe, a día de hoy, otra institución como la UE. Nos acercáramos al hablar de la Organización de Estados Americanos – OEA – (encontramos también el ALBA y MERCOSUR pero no las abordaremos por ser más regionales aún).

Por tanto si no tenemos una organización, que como la UE, genere un Derecho de aplicación obligada para todos sus miembros debemos, lógicamente, decir que no tenemos otro Tribunal similar.

En sentido de ser un Tribunal encargado de la interpretación y aplicación de una determinada normativa podemos compararlo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte fue establecida el 22 de mayo de 1979 y tiene su sede en San José de Costa Rica. Es la encargada de velar por el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos vigente desde el 18 de julio de 1978 y demás Tratados Internacionales que conforman el llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A su vez también debe interpretar dicho instrumento.

La CIDH se rige por un Estatuto aprobado en 1980 por los Estados miembros de la OEA en Asamblea General y por el Reglamento aprobado por la propia Corte siendo vigente el aprobado en 2009. Su composición es de siete jueces nacionales de los Estados miembros (23, eran 25 hasta la denuncia de Trinidad y Tobago y la retirada de Venezuela) que deben ser probos, reconocidos en el ámbito de los DD.HH. y cumplir con los requisitos, del Estado de su nacionalidad o del que los haya propuesto, para acceder a las más altas funciones judiciales. El mandato dura seis años y los jueces pueden ser reelectos una única vez. La CIDH funciona en sesiones ordinarias, extraordinarias bien en San José o fuera de la sede si se considera conveniente y con la previa aprobación del Estado donde pretenda conformarse, el quórum mínimo es de cinco jueces.

SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea, formada por diversos Estados con legislaciones diferentes, es necesario llevar a cabo un proceso de uniformidad del derecho de cada uno de esos Estados. Esto se consigue gracias al Derecho Internacional Privado, pero a la hora de controlar la aplicación de la ley en cada uno de los tribunales de los diferentes Estados es necesario que esa tarea sea llevada a cabo por un Tribunal independiente, un Tribunal que no dependa de ninguno de esos Estados, pues se incurriría en el riesgo de que las normas fuesen aplicadas de forma diferente en función de qué Estado se encargase de su aplicación. Este control uniforme necesario a la hora de interpretar y de aplicar las normas en el marco de la Unión Europea se consigue gracias al Tribunal de Justicia de

la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consigue esta labor gracias a las sentencias que dicta, es decir, gracias a la jurisprudencia y la interpretación que este tribunal lleva a cabo de cada norma a aplicar en el espacio europeo común.

El Tribunal de Justicia funcionó como instancia única hasta 1989, a partir de entonces el Consejo le agregó un Tribunal de Primera Instancia para mejorar la protección jurisdiccional y permitir concentrarse en garantizar una interpretación uniforme del Derecho comunitario.

En 2009 el Tratado de Lisboa dio una nueva configuración al Tribunal de Justicia, compuesto hoy por tres órganos jurisdiccionales:

1. El Tribunal de Justicia.
2. El Tribunal General.
3. El Tribunal de la Función Pública.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea actualmente “está compuesto por veintisiete jueces y ocho abogados generales, designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un periodo de seis años”. Esta designación se hace previa consulta a un comité que emite un dictamen sobre su idoneidad, se eligen entre juristas que ofrezcan absolutas garantías de independencia en sus países respectivos, de las más altas funciones jurisdiccionales. El mandato de estos jueces es renovable cada tres años. Tanto jueces como abogados son independientes. Los jueces del Tribunal eligen de entre todos ellos a un Presidente por un periodo de 3 años, persona que dirigirá los trabajos y los servicios del tribunal, además de presidir las vistas y deliberaciones del mismo.

La función principal de los abogados consiste en presentar ante el Tribunal de Justicia una propuesta de resolución, que en ningún caso es vinculante, sobre las cuestiones planteadas en un procedimiento. Las conclusiones son parte de la vista oral y se publican junto con la sentencia.

El Tribunal de Justicia puede reunirse en Pleno, aunque en raras ocasiones ocurre, más que por ejemplo para destituir a un Defensor del Pueblo o cesar a algún Comisario Europeo por incumplimiento de sus obligaciones, en Gran Sala (trece jueces) cuando así lo solicita algún Estado miembro o institución parte del procedimiento o en algunos casos en los que el procedimiento es especialmente complejo o también pueden

reunirse en Salas de cinco o tres jueces para el resto de asuntos no mencionados anteriormente.

En relación a la función del Tribunal de Justicia éste representa el poder judicial supremo de la Unión Europea y su misión es garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. En concreto el Tribunal de Justicia se encarga de controlar la aplicación del Derecho de la Unión Europea, tanto cuando lo aplican las instituciones de la Unión Europea como cuando lo aplican los Estados miembros, se encarga también de la interpretación del Derecho de la Unión Europea, además de desarrollar este derecho.

El tribunal de Justicia tiene por tanto una función consultiva, pues elabora dictámenes vinculantes sobre los Convenios que la Unión Europea celebra con terceros países u organizaciones internacionales y además tiene una función jurisdiccional, pues se encarga de resolver los litigios entre las instituciones de la Unión Europea, controla la legalidad de las leyes de la Unión Europea, controla los actos administrativos, conoce de los asuntos que afectan a la libre circulación y a la seguridad social de los trabajadores, la igualdad de trato entre hombre y mujeres en la vida laboral, resuelve cuestiones sobre la validez e interpretación de las disposiciones en materia fiscal y aduanera, se ocupa del control de las multas impuestas por la Comisión Europea, de los litigios relativos a daños y perjuicios, de interpretar las resoluciones en materia civil y mercantil, de los litigios sobre propiedad intelectual o industrial, etc.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es a la vez un tribunal constitucional, un tribunal administrativo, de trabajo y de lo social, de hacienda y un tribunal penal y civil. En este sentido también es importante destacar la función interpretativa que tiene este tribunal en el ámbito prejudicial, competencia otorgada a través del artículo 267 del Tratado de Lisboa y en concreto dentro de un procedimiento prejudicial cabe la posibilidad de designar a una cuestión como urgente, en cuyo caso el tribunal tiene potestad para resolver estas cuestiones urgentes que tengan que ver con el “espacio de libertad, seguridad y justicia”. De hecho, ninguna libertad de circulación en el ámbito de la Unión Europea puede verse perjudicada por una determinada interpretación de alguna norma del Derecho internacional privado de cualquier Estado miembro, motivo por el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado algunas sentencias y lo sigue haciendo en las que realiza un examen para controlar la compatibilidad de esas normas concretas con las libertades europeas de circulación, pues en algunas circunstancias pueden ser contrarias al Derecho de la Unión Europea y por lo tanto no podrían ser aplicadas por los jueces nacionales. En esta línea cabe destacar sentencias como la de 5 de noviembre de 2002 o la de 22 de diciembre de 2010.

El principal motivo de la creación de un Tribunal de Justicia a nivel europeo es el hecho de asegurar una interpretación uniforme de los textos normativos de la Unión

Europea, es decir, que cualquier texto pueda ser interpretado de la misma forma en cualquier Estado miembro, pues una aplicación desigual no garantizaría, entre otras cosas, una tutela judicial efectiva y una igualdad entre todos los ciudadanos de la Unión Europea, lo que conllevaría a su vez que el funcionamiento de la Unión Europea no fuese democrático.

Toda esta labor se lleva a cabo a través de distintos procedimientos:

- Procedimientos por incumplimiento de Tratados (arts. 258 y 259 TFUE). Se trata de controlar si los Estados miembros respetan las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión

Europea.

- Procedimientos prejudiciales de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para aclarar la interpretación del Derecho de la Unión Europea (art. 267 TFUE), tanto el Derecho relativo a los Tratados como sobre la validez de los actos llevados a cabo por órganos de la Unión Europea. Así, cuando surge una duda sobre este Derecho se podrá solicitar una interpretación al Tribunal de Justicia, desapareciendo así la limitación que se encontraba en el antiguo art. 68 del TCE, “según la cual sólo podrían interponer recurso prejudicial los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuyas decisiones agotaran la vía judicial”. Cuando los jueces encargados de aplicar el Derecho de la Unión Europea tienen dudas sobre una determinada cuestión pueden solicitar al Tribunal de Justicia una interpretación para evitar interpretaciones divergentes y llevar a cabo una aplicación homogénea de las normas de la Unión Europea. La cuestión prejudicial también puede interponerse para controlar la validez de un acto de la Unión Europea y el Tribunal de Justicia en ambos casos tendrá que resolver mediante una sentencia o auto motivado, decisión que vincula no solo a los órganos jurisdicciones nacionales que han planteado la cuestión, sino a cualquier otro que conozca de un problema similar.

Aunque esta cuestión prejudicial solo la pueden interponer un órgano jurisdiccional nacional, cualquier ciudadano de la Unión Europea puede participar en el procedimiento iniciado ante el Tribunal de Justicia para que éste precise sobre alguna norma que le afecte.

- Recursos de anulación y recursos por omisión de una institución u órgano de la Unión Europea o Estado miembro debido a la ilegalidad de actos jurídicos (arts. 263 y 265 TFUE). Así, cualquier ciudadano, empresa u organización puede acudir al Tribunal si considera que una institución de la Unión Europea ha vulnerado sus derechos, solicitando la anulación de un acto de una institución u órgano de la Unión Europea, en concreto reglamentos, directivas y decisiones. El recurso por omisión permite controlar

la legalidad de la inactividad de las instituciones de la Unión Europea, aunque solo es posible interponer este recurso una vez que se ha requerido a la institución para que actúe.

- Recursos de casación contra resoluciones dictadas por el Tribunal General (art. 256 TFUE), que es un Tribunal integrado por el Tribunal de Justicia, no se trata de una institución diferente, sino que fue creada para liberar de carga de trabajo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El procedimiento que se sigue en estos casos comienza con la asignación de un juez y un abogado general y los casos se instruyen en dos fases: una escrita y otra oral. En la fase escrita todas las partes del litigio presentan por escrito sus alegaciones y el juez realiza un informe con estas alegaciones. En la fase oral los abogados exponen los razonamientos ante los jueces (que podrán ser tres, cinco o trece o incluso el Tribunal en pleno en función de la complejidad del asunto). Posteriormente el abogado general expone sus conclusiones, cuestiones que no debe porque seguir el Tribunal, los jueces deliberan y dictan sentencia.

Por último hay que tener en cuenta que en las interpretaciones y resoluciones llevadas a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se puede dejar de un lado las interpretaciones llevadas a cabo también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que garantizan una correcta interpretación y aplicación de la normativa en lo referente a los derechos humanos y libertades fundamentales. Así, aunque el Tribunal de Justicia es el órgano supremo a la hora de interpretar las normas en el contexto de la Unión Europea no hay que dejar de lado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues se trata de llevar a cabo un correcto equilibrio entre la libre circulación de resoluciones judiciales en el espacio europeo sin menoscabar los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea.

Ahora bien, como hemos dicho anteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido una vital importancia en la europeización del Derecho internacional privado, especialmente a través de su jurisprudencia.

La jurisprudencia del TJEU es de vital importancia por tanto para el Derecho internacional privado de la Unión Europea, pues este tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre cuestiones de una importancia enorme en relación a este ámbito del derecho. Cada Estado tiene unas normas de derecho privado diferentes, así como unas normas de derecho internacional privado también distintas, de ahí la necesidad de crear un tribunal que en ocasiones aclare las posibles incompatibilidades que puedan surgir en relación a esta materia. Y en este sentido también es importante tener en cuenta las relaciones que existen entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ambos tribunales son las

máximas instancias a nivel europeo, la primera en el ámbito de la interpretación de las normas de la Unión Europea y la segunda para garantizar una correcta aplicación de los preceptos en relación con los derechos humanos.

Los Jueces del Tribunal de Justicia eligen de entre ellos al Presidente y al Vicepresidente por un período de tres años renovable. El Presidente dirige los trabajos del Tribunal de Justicia y preside las vistas y deliberaciones en las formaciones más numerosas del Tribunal. El Vicepresidente asiste al Presidente en el ejercicio de sus funciones y le sustituye en caso de impedimento.

Los Abogados Generales asisten al Tribunal de Justicia. Están encargados de presentar, con toda imparcialidad e independencia, un dictamen jurídico (las «conclusiones») en los asuntos que se les asignen. El Secretario del Tribunal de Justicia es también Secretario General de la institución, cuyos servicios dirige bajo la autoridad del Presidente del Tribunal.

El Tribunal de Justicia puede reunirse en Pleno, en Gran Sala (quince Jueces) o en Salas de cinco o tres Jueces.

El Tribunal de Justicia actúa en Pleno en casos excepcionales previstos en su Estatuto (en particular, cuando deba destituir al Defensor del Pueblo o declarar el cese de un Comisario europeo que haya incumplido sus obligaciones) y cuando considere que un asunto reviste una importancia excepcional.

Se reúne en Gran Sala cuando así lo solicita un Estado miembro o una institución que sea parte en el procedimiento, y para los asuntos particularmente complejos o importantes. El resto de los asuntos se examinan en Salas de cinco o tres Jueces. Los Presidentes de las Salas de cinco Jueces son elegidos por tres años y los de las Salas de tres Jueces por un año.

Competencias

Para llevar a cabo las tareas que tiene encomendadas, se han atribuido al Tribunal de Justicia competencias jurisdiccionales estrictamente definidas, que ejerce en el marco del procedimiento de remisión prejudicial y de las distintas categorías de recursos.

Las diversas clases de procedimientos

- **La cuestión prejudicial**

El Tribunal de Justicia trabaja en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que son jueces ordinarios encargados de aplicar el Derecho de la Unión. Para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación de la Unión y evitar interpretaciones divergentes, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, a fin de poder, por ejemplo, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho. La cuestión prejudicial también puede tener por objeto el control de la validez de un acto del Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia no responde mediante un mero dictamen, sino mediante una sentencia o un auto motivado. El órgano jurisdiccional nacional destinatario está vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado. La sentencia del Tribunal de Justicia vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico.

También en este marco de las cuestiones prejudiciales, cualquier ciudadano de la Unión puede contribuir a que se precisen las normas de la Unión que le afectan. Aunque este procedimiento sólo puede iniciarlo un órgano jurisdiccional nacional, las partes litigantes en el asunto de que conoce, los Estados miembros y las instituciones de la Unión pueden participar en el procedimiento iniciado ante el Tribunal de Justicia. De este modo, algunos de los principios más importantes del Derecho comunitario se han establecido a partir de cuestiones prejudiciales, a veces planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales de primera instancia.

- **El recurso por incumplimiento**

Permite al Tribunal de Justicia controlar si los Estados miembros respetan las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión. Antes de someter el asunto ante el Tribunal de Justicia tiene lugar un procedimiento previo dirigido por la Comisión, por el que se requiere al

Estado miembro afectado para que responda a las imputaciones que se le hayan hecho. Si tras este procedimiento el Estado miembro no ha puesto fin al incumplimiento, puede interponerse un recurso ante el Tribunal de Justicia por vulneración del Derecho de la Unión.

Este recurso puede iniciarlo bien la Comisión -es el caso más frecuente en la práctica- bien un Estado miembro. Si el Tribunal de Justicia declara que se ha producido un incumplimiento, el Estado de que se trate está obligado a adoptar sin demora las medidas necesarias para ponerle fin.

Si después de serle sometido de nuevo el asunto por la Comisión el Tribunal de Justicia declara que el Estado miembro de que se trate no ha cumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una cantidad a tanto alzado o de una multa coercitiva. No obstante, en caso de que no se hayan comunicado a la Comisión las medidas tomadas para la adaptación del Derecho interno a una directiva, el Tribunal de Justicia, a propuesta de la Comisión, podrá imponer una sanción pecuniaria al Estado miembro afectado en la primera sentencia por incumplimiento.

- **El recurso de anulación**

Mediante este recurso, el demandante solicita la anulación de un acto de una institución, de un órgano o de un organismo de la Unión (en particular, reglamentos, directivas y decisiones). Se reservan al Tribunal de Justicia los recursos interpuestos por un Estado miembro contra el Parlamento Europeo o contra el Consejo (salvo los interpuestos contra el Consejo en relación con las ayudas de Estado, el dumping o las competencias de ejecución) y por una institución de la Unión contra otra institución. El

Tribunal General es competente para conocer de todos los demás recursos de este tipo y, en concreto, de los interpuestos por los particulares.

- **El recurso por omisión**

Permite controlar la legalidad de la inactividad de las instituciones, de un órgano o de un organismo de la Unión. No obstante, sólo cabe interponer este recurso después de haber requerido a la institución para que actúe.

Una vez declarada la ilegalidad de la omisión, corresponde a la institución de que se trate adoptar las medidas necesarias para ponerle fin. La competencia para conocer de los recursos por omisión se reparte entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal General conforme a los mismos criterios que se aplican para los recursos de anulación.

- **Los recursos de casación**

Pueden interponerse ante el Tribunal de Justicia recursos de casación limitados a las cuestiones de Derecho contra las sentencias y autos del Tribunal General. Si el recurso de casación es admisible y está fundado, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General. Cuando el estado del asunto así lo permita, el Tribunal de Justicia resolverá el litigio. En caso contrario, devolverá el asunto al Tribunal General, que estará vinculado por la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia en el marco del recurso de casación.

- **El reexamen**

Las resoluciones dictadas por el Tribunal General en los recursos interpuestos contra las resoluciones del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea pueden ser reexaminadas, excepcionalmente, por el Tribunal de Justicia en las condiciones establecidas en el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Procedimiento

Sea cual fuere la naturaleza del asunto, el procedimiento consta de una fase escrita y, en su caso, de una fase oral, en audiencia pública. Sin embargo, es preciso distinguir entre, por un lado, el procedimiento de los recursos directos y, por otro, el de las cuestiones prejudiciales.

Iniciación del procedimiento ante el Tribunal de Justicia y fase escrita

- **Cuestiones prejudiciales**

El órgano jurisdiccional nacional plantea al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la interpretación o a la validez de una disposición del Derecho de la Unión, generalmente en forma de resolución judicial adaptada a las normas procesales nacionales. Una vez traducida la petición a todas las lenguas de la Unión por el servicio de traducción del Tribunal, el Secretario la notifica a las partes del litigio principal, a todos los Estados miembros y a las instituciones de la Unión. Se encarga de que se publique en el Diario Oficial una comunicación en la que se indiquen, en particular, las partes del litigio y el contenido de las cuestiones. Las partes, los Estados miembros y las

instituciones disponen de dos meses para presentar al Tribunal de Justicia sus observaciones escritas.

• Recursos directos

El procedimiento ante el Tribunal de Justicia debe iniciarse mediante un escrito de recurso dirigido a su Secretaría. El Secretario se encarga de que en el Diario Oficial de la Unión Europea se publique una comunicación sobre el recurso, indicando los motivos y las pretensiones del demandante.

Al mismo tiempo se notifica el recurso a la parte contraria, que dispone de un mes para presentar el escrito de contestación. El demandante tiene derecho a presentar una réplica y el demandado una dúplica, disponiendo en cada caso de un plazo de un mes. Los plazos de presentación de estos documentos deben respetarse estrictamente, salvo que el Presidente otorgue una prórroga.

En ambos tipos de recurso, el Presidente y el Primer Abogado General designarán, respectivamente, un Juez Ponente y un Abogado General que seguirán el desarrollo del procedimiento.

Medidas preparatorias

En todos los procedimientos, una vez concluida la fase escrita, las partes pueden indicar, en el plazo de tres semanas, si desean que se celebre una vista y, de ser así, por qué motivo. El Tribunal de Justicia decide, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, si el asunto requiere diligencias de prueba, a qué formación del Tribunal debe atribuirse el asunto y si procede celebrar una vista, que tendrá lugar en la fecha que fije el Presidente.

Vista pública y conclusiones del Abogado General

Si se ha decidido que se celebre una vista, el asunto se debate en una vista pública, ante la formación del Tribunal de Justicia competente y el Abogado General. Los Jueces y el Abogado General pueden formular a las partes las preguntas que estimen oportunas. Al cabo de unas semanas el Abogado General presenta sus conclusiones ante el Tribunal de Justicia, también en audiencia pública. En ellas analiza en detalle los aspectos del litigio, especialmente los jurídicos, y propone con toda independencia al Tribunal de Justicia la solución que considera que debe darse al problema.

Así finaliza la fase oral del procedimiento. Cuando se estime que el asunto no suscita ninguna cuestión jurídica nueva, el Tribunal de Justicia puede decidir, tras oír al Abogado General, que se juzgue sin conclusiones.

Sentencia

Los Jueces deliberan basándose en un proyecto de sentencia elaborado por el Juez Ponente. Cualquier Juez de la formación que conozca del asunto puede proponer modificaciones. Las decisiones del Tribunal de Justicia se adoptan por mayoría, sin que sea posible formular votos particulares. Las sentencias van firmadas por todos los Jueces que hayan participado en la deliberación y su fallo se pronuncia en audiencia pública.

Tanto las sentencias como las conclusiones de los Abogados Generales están disponibles en el sitio Internet CURIA el mismo día de su pronunciamiento o lectura. En la mayoría de los casos, se publican posteriormente en la Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General.

Los procedimientos específicos

• El procedimiento simplificado

Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a una cuestión sobre la que ya se haya pronunciado el Tribunal de Justicia o su respuesta no plantee ninguna duda razonable o pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, tras oír al Abogado General, puede decidir mediante auto motivado, haciendo referencia, en particular, a la sentencia dictada sobre esta cuestión o a la jurisprudencia pertinente.

• El procedimiento acelerado

Gracias a la reducción al máximo de los plazos y a la concesión de una prioridad absoluta, el procedimiento acelerado permite al Tribunal de Justicia resolver rápidamente los asuntos de extrema urgencia. Tras la solicitud formulada por una de las partes, corresponde al Presidente del Tribunal de Justicia decidir, a propuesta del Juez Ponente y oídos el Abogado General y las demás partes, si existe una urgencia particular que justifique la aplicación del procedimiento acelerado. También está previsto un procedimiento acelerado para las cuestiones prejudiciales. En tal caso, es el órgano jurisdiccional nacional que se dirige al Tribunal de Justicia quien debe presentar la solicitud y explicar en ésta las circunstancias que hacen que sea necesario dar respuesta con urgencia extraordinaria a la cuestión planteada con carácter prejudicial.

• El procedimiento prejudicial de urgencia (PPU)

Este procedimiento permite al Tribunal de Justicia tratar en un plazo muy reducido las cuestiones más sensibles relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia (cooperación policial y judicial en materia civil y penal, así como visados, asilo, inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas). Los asuntos sujetos al PPU se confían a una sala de cinco jueces especialmente designada y, en la práctica, la fase escrita se desarrolla esencialmente por vía electrónica y se ve extremadamente abreviada, tanto por lo que atañe a su duración como al número de personas autorizadas a presentar observaciones escritas, de modo que la mayor parte de interesados intervienen en la fase oral del procedimiento, que es obligatoria.

• El procedimiento de medidas provisionales

El procedimiento de medidas provisionales tiene por objeto la suspensión de la ejecución de un acto de una institución, que haya sido recurrido, o cualquier otra medida provisional necesaria para evitar un perjuicio grave e irreparable para una de las partes.

• Otras funciones.

Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Gastos del procedimiento

El procedimiento tramitado ante el Tribunal de Justicia es gratuito. Sin embargo, las partes deben estar representadas por un abogado facultado para ejercer ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y el Tribunal de Justicia no se hace cargo de los honorarios. No obstante, si una parte carece de medios suficientes para hacer frente en todo o en parte a los gastos del proceso, puede, sin estar representada por un abogado, solicitar el beneficio de justicia gratuita. La solicitud debe ir acompañada de los documentos necesarios para probar la falta de medios de la parte de que se trate.

Régimen lingüístico

En los recursos directos, la lengua utilizada en el recurso (que puede ser una de las veintitrés lenguas oficiales de la Unión Europea) será la lengua de procedimiento del asunto, es decir, la lengua en la que va a desarrollarse. En la remisión prejudicial, la lengua de procedimiento es la del órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión al Tribunal de Justicia.

Los debates que tienen lugar durante las vistas son traducidos simultáneamente por los intérpretes a otras lenguas oficiales de la Unión

Europea, según las necesidades de cada caso. Los Jueces deliberan, sin intérpretes, en un idioma común, que tradicionalmente es el francés.

El Tribunal de Justicia en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

Para construir Europa, los Estados miembros (actualmente veintisiete) suscribieron los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, posteriormente de la Unión Europea, que cuentan con instituciones facultadas para adoptar normas jurídicas en ámbitos concretos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la institución jurisdiccional de la Unión y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa). Está integrado por tres órganos: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública. Su principal tarea consiste en controlar la legalidad de los actos de la Unión y garantizar la interpretación y aplicación uniformes del Derecho de ésta.

A través de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha establecido la obligación de las administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el Derecho de la Unión dentro de su esfera competencial y de proteger los derechos que éste otorga a los ciudadanos (aplicación directa del Derecho de la Unión), descartando para ello cualquier disposición contraria del Derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión (primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional).

El Tribunal de Justicia también ha reconocido el principio de la responsabilidad de los Estados miembros en caso de incumplimiento del Derecho de la Unión que, por una parte, refuerza de forma decisiva la protección de los derechos que las normas de la Unión otorgan a los particulares y, por otra, contribuye a que los Estados miembros ejecuten dichas normas con mayor diligencia. Las infracciones que éstos cometan pueden, por tanto, generar obligaciones de indemnización, que en algunos casos tendrán graves consecuencias para sus erarios públicos. Por otra parte, todo incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro puede ser objeto de un recurso ante el Tribunal de Justicia y, en caso de que no se ejecute una sentencia en la que se declare tal incumplimiento, dicho Tribunal está facultado para imponer al Estado miembro una multa coercitiva o el pago de una suma a tanto alzado. No obstante, en caso de que no se hayan comunicado a la Comisión las medidas tomadas para la adaptación del Derecho interno a una directiva, el Tribunal de Justicia, a propuesta de la Comisión, podrá imponer una sanción pecuniaria a un Estado miembro en la primera sentencia por incumplimiento.

El Tribunal de Justicia también colabora con los órganos jurisdiccionales nacionales, que son los jueces ordinarios encargados de aplicar el Derecho de la Unión. Cualquier juez nacional ante el que se plantee un litigio relativo al Derecho de la Unión puede, y en ocasiones debe, someter al Tribunal de Justicia las correspondientes

cuestiones prejudiciales. El Tribunal de Justicia tiene entonces ocasión de dar su interpretación de una norma de Derecho de la Unión o de controlar su legalidad.

La evolución de su jurisprudencia ilustra la contribución del Tribunal de Justicia a la creación de un espacio jurídico para los ciudadanos mediante la protección de los derechos que la normativa de la Unión les reconoce en los distintos aspectos de su vida cotidiana.

BIBLIOGRAFÍA

1. Dr. Klaus-Dieter Borchardt. El ABC del Derecho de la Unión Europea.
2. Antonia Durán Ayago. Europeización del Derecho Internacional Privado: Del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un Espacio Judicial Europeo.
3. www.europa.eu.
4. Blázquez Peinado, María Dolores, La Ciudadanía de la Unión, Tirant la Blanch y Universitat de València, 1998.
5. Página web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/
6. Almonacid Lamelas, Víctor. “El Ordenamiento Jurídico Comunitario: un caso único en el Derecho mundial”. Febrero 2006.
7. <http://noticias.juridicas.com/articulos/>.
8. Página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>.
8. Mangas Martín, Araceli; Liñán Nogueras, Diego J. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Tecnos, 2012.

VII. La Unión Europea como miembro de pleno derecho de la Conferencia de La Haya

Origen de la Conferencia de La Haya

La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado, (*Hague conference on private international law*), es una organización intergubernamental de carácter

permanente que tiene como objetivo la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado a nivel mundial.

Los orígenes de la Conferencia de La Haya los encontramos en 1893, cuando el jurista Asser de origen neerlandés planteó a su Gobierno la necesidad de realizar una conferencia en la que se realizara una codificación internacional de Derecho para los países participantes y así acabar con los numerosos conflictos de leyes que se daban en la época. El Gobierno tomó la iniciativa y se realizó la primera Conferencia en La Haya. De este suceso deriva que a día de hoy la sede de la conferencia se siga encontrando en La Haya (Países Bajos). Tras la primera reunión hubo sucesivas sesiones, todas ellas sin tener una vocación de permanencia. De estas sesiones y de los Convenios realizados en ellas derivamos que hay tres etapas en la historia de la Conferencia, desde 1893 a 1904, de 1925 a 1928 y desde 1951 hasta nuestros días. En la séptima reunión y tras la Segunda Guerra Mundial (1951) los Estados se reúnen y dotan a la Conferencia de un Estatuto que entraría en vigor el 15 de julio de 1955. En el Estatuto expresan su voluntad de que la Conferencia tenga carácter permanente y por tanto se convierte en una organización internacional.

La Conferencia de La Haya como Convención permanente.

La Conferencia de La Haya en 1893 inició su andadura con un carácter europeo y muy limitado a estos países en relación a su Derecho Civil. Tras 1951 surge una nueva Conferencia de La Haya con pretensiones muy diferentes a las iniciales dado que por ejemplo ha adquirido un carácter universal dado que se compone de países con tradiciones jurídicas muy diferentes, partimos de los Estados europeos con un Derecho internacional privado codificado, se unen Estados con sistemas poco codificados o no codificados. De la tradición del Civil Law de los Estados originarios se adhieren Estados pertenecientes al Common Law, Estados con Derecho musulmán, etc. La unificación como actividad principal de la Conferencia se desglosa en la negociación y elaboración de tratados internacionales sobre materias muy diferentes de Derecho Internacional Privado. Como establece la propia Conferencia de la *“Desde 1893, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, un crisol de tradiciones jurídicas diferentes, elabora y garantiza el seguimiento de Convenios que responden a necesidades mundiales en las áreas siguientes:*

- *Protección internacional del niño, la familia y las relaciones patrimoniales de la familia.*
- *Cooperación judicial y administrativa y litigio internacional.*
- *Derecho comercial y financiero internacional.”*

Los Estados miembro de la Conferencia

La Conferencia de La Haya se compone por 72 miembros (71 Estados y la Unión Europea). Hay que hacer una puntualización entre la diferencia entre “Miembros” de la Conferencia de La Haya y “Partes” de un Convenio de la Conferencia de La Haya. Los Estados u Organizaciones internacionales que hayan aceptado el Estatuto son Miembros.

Y estos son:

Estados /O. I. --- Miembro desde

Albania	4-VI-2002
Alemania	14-XII-1955

Argentina	28-IV-1972
Australia	1-XI-1973
Austria	15-VII-1955
Belarús	12-VII-2001
Bélgica	15-VII-1955
Bosnia y Herzegovina	7-VI-2001
Brasil	23-II-2001
Bulgaria	22-IV-1999
Canadá	7-X-1968
Chile	25-IV-1986
República Popular de China	3-VII-1987
Chipre	8-X-1984
República de Corea	20-VIII-1997
Costa Rica	27-I-2011
Croacia	12-VI-1995
Dinamarca	15-VII-1955
Ecuador	2-XI-2007
Egipto	24-IV-1961
Eslovaquia	26-IV-1993
Eslovenia	18-VI-1992
España	15-VII-1955
Estados Unidos de América	15-X-1964
Estonia	13-V-1998
Filipinas	14-VII-2010
Finlandia	2-XII-1955
Francia	20-IV-1964
Georgia	28-V-2001
Grecia	26-VIII-1955
Hungría	6-I-1987
India	13-III-2008
Irlanda	26-VIII-1955
Islandia	14-XI-2003
Israel	24-IX-1964
Italia	26-VI-1957
Japón	27-VI-1957
Jordania	13-VI-2001
La ex República Yugoslava de	
Macedonia	20-IX-1993
Letonia	11-VIII-1992
Lituania	23-XI-2001
Luxemburgo	12-III-1956
Malasia	2-X-2002
Malta	30-I-1995
Marruecos	6-IX-1993
Mauricio	19-I-2011
México	18-III-1986
Mónaco	8-VIII-1996
Montenegro	1-III-2007
Noruega	15-VII-1955
Nueva Zelanda	5-II-2002

Países Bajos	15-VII-1955
Panamá	29-V-2002
Paraguay	28-VI-2005
Perú	29-I-2009
Polonia	29-V-1984
Portugal	15-VII-1955
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	15-VII-1955
República Checa	28-I-1993
Rumanía	10-IV-1991
Federación de Rusia	6-XII-2001
Serbia	26-IV-2001
Sri Lanka	27-IX-2001
Sudáfrica	14-II-2002
Suecia	15-VII-1955
Suiza	6-V-1957
Suriname	7-X-1977
Turquía	26-VIII-1955
Ucrania	3-XII-2003
Unión Europea	3-IV-2007
Uruguay	27-VII-1983
Venezuela	25-VII-1979

Los Estados Partes (no miembros) son Estados que desean adherirse a un Convenio en particular de la Conferencia de La Haya. Su actuación está limitada, solo podrán ser parte una vez que el Convenio ya ha entrado en vigor. El número de Estados no miembros que se están adhiriendo a Convenios de La Haya en los últimos años está creciendo. Hasta 130 países de todo el mundo participan hoy en los trabajos de la Conferencia. Algunos de estos Estados son Andorra, Bahamas, Honduras, Liberia, Namibia, Liechtensteins, Malawi, Colombia, etc.

El Estatuto

La sesión de 1951 estaba compuesta por La República Federal de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia y Suiza. Estos Estados dan un Estatuto que entraría en vigor el 15 de julio de 1955. Dicho Estatuto se compone de 16 artículos que dan las bases de la Conferencia. Ya en el artículo 1 del Estatuto establecen la voluntad y motivo de creación de la Conferencia *“La Conferencia de La Haya tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado.”* Con el paso del tiempo se han ido dando sucesivas modificaciones, las últimas se han adoptado el 30 de Junio de 2005 en la Vigésima Sesión (Acta final, C), aprobadas por los miembros el 30 de septiembre de 2006 y entradas en vigor el 1 de enero de 2007.

Si hacemos un análisis general del Estatuto vemos que los Estados miembro no limitan la entrada a ningún Estado ya que según el artículo 2 *“(…) Podrán llegar a ser Miembros cualesquiera otros Estados cuya participación tenga un interés de naturaleza jurídica para los trabajos de la Conferencia (…)”* en aras de favorecer el carácter universal de la Conferencia. Además se regula el funcionamiento de la

Conferencia como organización permanente; se dan sus órganos y las funciones de los mismos; lugar de la sede; los tipos de sesiones, que serán de dos sesiones ordinarias (los Estados se reunirán cada cuatro años) y las sesiones extraordinarias. Se hace referencia también a los enlaces entre los diferentes Gobiernos de los Estados miembros con los órganos de la Conferencia; su financiación; etc. Cabe hacer referencia al artículo 12 en el que se hace referencia a los acuerdos y convenios realizados en las etapas anteriores a 1955, “*Los usos de la Conferencia seguirán en vigor en todo lo que no fuere contrario al presente Estatuto o a los Reglamentos.*”

Formato de la Conferencia

A la hora de realizar un Convenio el proceso se inicia con los trabajos preparatorios que elabora la Secretaría (esta es la oficina permanente compuesta por cinco juristas y once personas de apoyo permanentes, todos de diferentes nacionalidades). Estos trabajos son necesarios para que las Comisiones Especiales formadas por expertos de los gobiernos de los Estados Miembros elaboren un anteproyecto. Este anteproyecto será más tarde discutido y en su caso adoptado por la Asamblea Plenaria de la Conferencia de La Haya. Si es adoptado el texto se remite a las Comisiones Especiales y estas examinarán el funcionamiento práctico de las Convenciones, dan asistencia técnica y orientación jurídica así como política a los estados en relación con la aplicación de los Convenios para lograr una interpretación coherente y homogénea.

La Conferencia de La Haya realiza otras actividades adicionales. Desde seminarios para jueces de los Estados miembros hasta simposios internacionales o conferencias mundiales. Todas las actividades están encaminadas a lograr su primordial objetivo.

Además cabe destacar otra función muy importante de la Conferencia de La Haya ya que colabora y aconseja para la reforma de legislaciones estatales. Por ejemplo el Gobierno de Albania en 1992 pidió su colaboración y la de UNICEF para la elaboración de una nueva ley de protección de menores y de adopción de niños.

La Unión Europea en la Conferencia de La Haya

Proceso de adhesión

El Consejo de la Unión Europea el día 5 de Octubre de 2006 adoptó una decisión relativa a la adhesión de la Comunidad Europea a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Es la decisión del Consejo 2006/719/CE de 5 de Octubre de 2006.

El 28 de Noviembre de 2002 el Consejo autorizó a la Comisión Europea a negociar las condiciones y modalidades de la adhesión de la Comunidad a la Conferencia. A raíz del resultado favorable de dicha negociaciones la Comisión recomendó al Consejo adoptar la citada decisión relativa a la adhesión de la Comunidad Europea a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado. El Parlamento Europeo finalmente, emitió su dictamen favorable a la adhesión el 7 de septiembre de 2006 la Comunidad Europea es miembro de la Conferencia de La Haya desde el 3 de abril de 2007.

Decision del consejo 2006/719/Cede 5 de octubre de 2006: Adhesión a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

El artículo único de la decisión estipula que “*La Comunidad se adherirá a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado («Conferencia de La Haya») mediante una declaración de aceptación del Estatuto de la Conferencia de la*

Haya (Estatuto), según lo establecido en el anexo I de la presente Decisión, tan pronto como esta última haya adoptado la decisión formal de admitir a la Comunidad como miembro”.

En el anexo II de la Decisión se establece en que materias la Comunidad Europea tiene competencias que los Estados miembros han atribuido.

El anexo II trata de justificar porque la Comunidad Europea se ajusta a las exigencias del artículo 2 del Estatuto de Conferencia de La Haya para ser miembro. El artículo 2 establece lo siguiente *“Son Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado los Estados que hayan participado ya en una o varias Sesiones de la Conferencia y que acepten el presente Estatuto.*

Podrán llegar a ser Miembros cualesquiera otros Estados cuya participación tenga un interés de naturaleza jurídica para los trabajos de la Conferencia. La admisión de nuevos Estados miembros se decidirá por los Gobiernos de los Estados participantes, a propuesta de uno o varios de ellos, por mayoría de los votos emitidos, en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que se hubiera sometido dicha propuesta a los Gobiernos.

La admisión será efectiva por el hecho de la aceptación del presente Estatuto por el Estado interesado.”

Atendiendo a este artículo la Comunidad tiene competencias para adoptar medidas generales y específicas referentes al Derecho Internacional Privado por tanto el contenido jurídico de esta entidad es lo que justifica su interés jurídico.

Las materias en las que la Comunidad Europea tiene competencias y que a su vez son materias recogidas en el ámbito de la Conferencia de La Haya, tal y como establece el anexo II:

a) la mejora y simplificación del sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; la cooperación en la obtención de pruebas; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidas las extrajudiciales;

b) el fomento de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflicto de leyes y de jurisdicción, y

c) la eliminación de obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

La Comunidad Europea tiene competencias externas en materia de mercado interior o la protección de los consumidores. Atendiendo a esta competencia externa y a la definición que de ella da el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, esta puede celebrar acuerdos internacionales siempre que se haya hecho uso de la competencia interna para adoptar medidas de aplicación de políticas comunes o si el acuerdo internacional fuera necesario para alcanzar sus objetivos.

En el anexo III la Comunidad Europea se compromete a estudiar su interés en adherirse a los convenios de la Conferencia de La Haya ya celebrados.

-

Convenios ratificados por la Unión Europea en el seno de la Conferencia de La Haya.

El **Protocolo** ratificado por la Unión Europea en el seno de la Conferencia de La Haya versa **sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias**. Este fue realizado en La Haya el 23 de noviembre de 2007 y tiene por objeto tal y como establece en el artículo 1 *“El presente Protocolo determinará la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres.”*

Este Convenio aún no ha entrado en vigor.

Los Convenios firmados por la Unión Europea son el Convenio sobre acuerdos de elección de Foro, de 30 de junio de 2005 y el Convenio sobre Cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007.

En relación al **Convenio sobre Acuerdos de elección de Foro** su ámbito de aplicación, atendiendo al artículo 1 *“El presente Convenio se aplicará en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro que se celebren en materia civil y comercial.”*

El propio convenio en su artículo 3 define que tenemos que entender por acuerdo exclusivo de elección de foro *“acuerdo exclusivo de elección de foro” significa un acuerdo celebrado por dos o más partes que cumple con los requisitos establecidos por el apartado c) y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal;*

Este convenio aún no ha entrado en vigor.

Respecto del **Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia**. En relación a su ámbito de aplicación se recoge en el artículo 2 del Convenio. *“a) a las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años derivadas de una relación paterno-filial; b) al reconocimiento y ejecución o ejecución de una decisión sobre obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges cuando la solicitud se presente conjuntamente con una demanda comprendida en el ámbito de aplicación del subapartado a); y c) a las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges, con excepción de los Capítulos II y III”.*

El objeto del Convenio se recoge en el artículo 1 *“El presente Convenio tiene por objeto garantizar la eficacia del cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, en particular: a) estableciendo un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes; b) permitiendo la presentación de solicitudes para la obtención de decisiones en materia de alimentos; c) garantizando el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de alimentos; y d) exigiendo medidas efectivas para la rápida ejecución de las decisiones en materia de alimentos”.*

Este convenio ha entrado en vigor el pasado 1 de enero de 2013.

Trascendencia de la pertenencia de la Unión Europea a la Conferencia de La Haya

Atendiendo a todo lo expuesto vamos a analizar la trascendencia que tiene en el

Derecho Internacional Privado el hecho de que la Unión Europea forme parte de la Conferencia de La Haya. Esta transcendencia la podemos resumir en dos vertientes fundamentales;

- La primera de ellas está relacionada con el papel que la Unión Europea a pasado a ocupar en el plano internacional en general. Ya no son cada uno de los Estados miembros los que ratifican, firman, etc los convenios internacionales sino que es la propia Unión Europea la que realiza esta tarea. Si bien hay que recordar que unicamente en relación con aquellas materias que los Estados miembros han conferido sus competencias. De esta manera nos encontramos con un Derecho Internacional Privado al que podemos adjetivar como europeizado ya que la decisión adoptada en el seno de la Unión Europea de adherirse a los diferentes Convenios Interacionales afecta a todos sus miembros y las estipulaciones de esos convenios son aplicables a todos los Estados de la Unión.

- En segundo lugar el papel que la Unión Europea juega como entidad particular en el ámbito internacional, es decir, va a ser el sujeto que defienda o negocie aspectos jurídicos que van a favor de la Comunidad Europea en sí y ya no hablamos en este ámbito de Estados como sujetos independientes.

VIII. Reflexiones acerca del proceso de europeización: lo hecho y lo que queda por hacer.

OPINION PERSONAL ACERCA DE LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

En primer lugar me gustaría comenzar diciendo que el trabajo en sí, ha aportado más de lo que esperaba, en principio porque el conocimiento que tenía del derecho internacional privado y de su proceso de europeización. Creo que ha aportado mucho y arroja mucha luz respecto al tema.

Ha servido para adentrarnos más aún en el funcionamiento de la unión europea, que muchos sabemos que está ahí pero no tenemos muy claro algunas de sus funciones, como despliega sus efectos, diversos órganos y de cómo interactúan los diferentes estados europeos a pesar de tener legislaciones diferentes e intentan crear un marco jurídico europeo común a todas las controversias que surgen, todo ello valiéndose de normativas europeas como el tratado de Ámsterdam o el tratado de Lisboa entre otros.

Resulta curioso como son tratados la multitud de problemas cuyo eje principal es tener en mente la tutela judicial efectiva, el principio de reconocimiento mutuo o la libre circulación de personas, que aunque se han hecho avances aún queda mucho trabajo por realizar, como sucede con el famoso orden publico internacional y todo el desarrollo normativo que ello conlleva, pero creo que es tarea de los teóricos en la materia desarrollar la misma a raíz de los problemas que surgen en la practica.

No sólo se plantea el problema con respecto al ámbito europeo entre sí sino también con respecto a países que no formando parte de la UE surgen conflictos continuos propios de la multiculturalidad que se genera por ejemplo en matrimonios mixtos, o entre conflictos en materia civil y mercantil, que aunque se aleja un poco de la materia europea del derecho internacional privado con respecto a Europa, también tiene relación cuando estos países entran en contacto con terceros, para ello existen reglamentos reguladores de dicha materia como el 662/2009 relativo a relaciones contractuales y extracontractuales y el 664/2009 relativo al procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos.

Como decía aun en la europeización del derecho internacional privado queda largo camino por recorrer sobre todo en las materias anteriormente citadas, pero creo que hay especialmente dos que es de necesario esfuerzo cambiar y es la libre circulación de personas por el espacio europeo, con lo que para ello se necesitaría cambiar legislaciones internas por ejemplo en materia de apellidos y nombre de las personas físicas en distintos países, que es uno de los temas que se antojan más controvertidos al respecto.

Otro gran problema y que en mi opinión requiere un mayor trabajo es el de la regularización del orden público común a todos los países de la UE sobre todo desde el punto de vista de la recepción de derechos contrarios provenientes de países terceros, pero primero establecer un orden único entre los países europeos, ya que surgen actualmente problemas porque no conservan el mismo y depende de cada estado la consecuencia jurídica según se dé en uno o en otro. Y así una vez elaborado uno interno habrá menos problema para recibir las relaciones con estados terceros y poder apelar al orden público y no generar intereses o predilecciones en realizar relaciones jurídicas con determinados estados.

Existen otros problemas como pueden ser los contratos como pueden ser el tema de los contratos debido al particularismo normativo que es una barrera a la entrada de los contratos provenientes de otros países e impide una colaboración transfronteriza. La solución a este problema ya está en camino para su solución y cada vez son menos los contratos ya sean civiles o mercantiles entre particulares procedentes de distintos países

Reflexion de Rafael Macias Marcos

REFLEXION EUROPEIZACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Actualmente, las fuentes del Derecho internacional privado ya no son estatales sino convencionales e institucionales. Ello es debido a la europeización del derecho privado estatal. Gracias al fenómeno de la integración nace el espacio judicial europeo dentro de un marco con principios y elementos comunes como la igualdad, los derechos fundamentales y la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales.

La Unión Europea nació con el objetivo de lograr un mercado único lo que trajo consigo la necesidad de tener un derecho armonizado que compatibilizara el derecho de la UE con el de cada Estado y así ser más competitivos y efectivos frente al mercado mundial,

proceso que se denomina “europeización del derecho internacional privado” y que viene plasmado en el Tratado de Lisboa de 2007.

Para ello, era necesario lograr un reconocimiento de sentencias judiciales para que éstas tuvieran validez en todo el territorio de los Estados miembro independientemente de su país de origen. Primero se llevaba a cabo el procedimiento llamado exequátur que exigía la comprobación de que una resolución judicial extranjera reunía los requisitos de homologación. Esto, gracias al principio de reconocimiento mutuo, es superado ya que se da por supuesto que el país de origen ha observado las normas de procedimiento mínimas (art. 67.4 TFUE).

Así, el TCE en su art. 220 daba a los Estados de la Comunidad la posibilidad de ratificar Convenios entre sí con la finalidad de que el procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y laudos arbitrales fuera mucho más simple.

Este artículo es la base normativa del Convenio de Bruselas al cual se le fueron incorporando los nuevos Estados miembro de la Unión Europea exceptuando aquellos incorporados cuando ya estaba en vigor el Reglamento 44/2001.

Por otro lado, el nacimiento del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales da respuesta a los conflictos surgidos en materia contractual internacional. Se eliminó el *forum shopping* y se dio seguridad jurídica lo que incrementó la contratación supranacional.

Así mientras se llevaban a cabo diferentes Convenios, que fueron publicando diversas Directivas con el objetivo de armonizar el derecho civil y mercantil. Ello ha llevado a un abundante desorden de las mismas en muchas ocasiones incompatibles con el Convenio de Roma. Además la tardanza de muchos Estados en aplicar dichas Directivas así como las muy diferentes formas de hacerlo aleja la meta de la armonización de derechos internos.

Un Tratado mucho más revolucionario fue el Tratado de Ámsterdam de 1997 que entró en vigor en 1999 y cuyos artículos 61 a 69 plasman la heterogeneidad de asuntos que se pretendían abordar desde entonces en adelante para construir un derecho europeo dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia

Más adelante, en 2007, el tratado de Lisboa se centra en la tutela judicial afectiva dentro de un marco donde reine el principio de reconocimiento mutuo, buscando así un equilibrio entre ambos. Tras su entrada en vigor, el camino intergubernamental para elaborar normas de derecho internacional privado desapareció y en adelante fue el Reglamento el instrumento utilizado para elaborarlas.

El Derecho internacional privado se ha transformado completamente desde sus inicios ya que ahora está elaborado totalmente por Europa. Es una rama de derecho independiente dotado de mayor alcance en un marco basado en las libertades comunitarias como la tutela judicial efectivo y el derecho a la libre circulación.

El objetivo consiste en borrar las diferencias jurídicas superando las fronteras territoriales entendiéndolas como límite al disfrute de los derechos de los ciudadanos.

Así, es cada vez menos determinante la diversidad de Estados a la vez que se construye un espacio judicial común en un nuevo escenario donde hay una gran cantidad de

materias en las que el derecho internacional privado es competente si el elemento de extranjería presente está implicado en la idea de justicia de varios Estados miembros tanto en situaciones internacionales como europeas debiendo ser el tratamiento jurídico diferente al que tendría en un caso interno pareciéndose a un sistema interregional.

Por otro lado, la litispendencia viene recogida en el Reglamento 1215/2012. Estas relaciones de la UE con terceros Estados aun no poseen una regulación muy completa siendo necesario el diseño de un mecanismo de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales nacidas de conflictos con esta naturaleza.

Es importante que la normativa europea que pretende instaurar este espacio de libre circulación, seguridad y justicia sea creada por un legislador consciente de la complejidad que supone armonizar un derecho aplicable en varios Estados con puntos de vista diferentes y, por tanto, sea un derecho fácil de aplicar sin complejos procedimientos. Además, también sería deseable que se formaran al respecto al elemento humano que maneja y aplica estas normas.

La codificación de todo el derecho europeo vigente hasta el momento es algo de lo que ya se habla en un estudio promovido por el Parlamento europeo cuyo informe pretende identificar las brechas que existen en el Derecho internacional privado y sugiere un enfoque más integral a través de la codificación dirigiendo los esfuerzos a la creación de instrumentos distintos para problemas definidos de Derecho internacional privado plasmando estos esfuerzos en un Código legislativo.

Reflexion de Paula Mercedes Weyler Rasquin

Seminario II: Sustracción internacional de menores

© Seminario realizado por:

I. Concepto y contexto de la sustracción internacional de menores: análisis de las causas que pueden provocarlo

Poliana Braga de Andrade
Evelyn K. Escobar Martínez
Nadia González Sosa
Noemí Rodríguez Madrid

II. Vías para combatir la sustracción internacional de menores

Carlos J. González López
Noelia Díez Alonso
Álvaro Bécares Peque
Pablo García Prieto

III. Mediación y sustracción internacional de menores: Guía de buenas prácticas - Conferencia de La Haya

Beatriz de Ana Antón
Raquel Sánchez Hernaz

IV. Jurisprudencia y sustracción internacional de menores

José Sánchez Mayo
Alfonso J. Martín Carretero

V. Prensa y sustracción internacional de menores

Genís Sastragener i Surroca

I. Concepto y contexto de la sustracción internacional de menores: análisis de las causas que pueden provocarla

1.-INTRODUCCIÓN.

En materia de sustracción de menores nos encontramos con que existen múltiples instrumentos normativos que regulan dicha cuestión, lo que produce una tarea ardua y compleja para el operador jurídico, que se enfrenta a la difícil cuestión de tener que aplicar el derecho que mejor case con la controversia.

Nos encontramos en esta materia de la sustracción de menores con que existe un triple régimen normativo, que el operador jurídico tiene que analizar dados los hechos y caracteres del caso, dilucidando en el asunto concreto si debe aplicar el régimen institucional, el régimen convencional o el régimen autónomo.

Así pues, y en aras de la simplificación expositiva procederemos a explicar, en primer lugar el régimen institucional, posteriormente, el régimen convencional, y finalmente, el régimen autónomo.

1.1.-El régimen institucional.

En el ámbito institucional o de la Unión Europea nos encontramos con el *Reglamento(CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales, en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, con el que se deroga el Reglamento 1347/2000.

1.2.-El régimen convencional.

En el ámbito del Consejo de Europa existe el *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la*

ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia (número 105 del Consejo de Europa), hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño nos encontramos en su articulado (Art. 11.1) un mandato dirigido a los Estados partes², para que adopten las *"medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero"*. Y que para ello, según el artículo 11.2 de dicha Convención: *"los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes"*.

Por otra parte, en el marco de la Convención de La Haya se han elaborados varios instrumentos

² Forman parte de la Convención de los Derechos del Niño todos los Estados a excepción de Estados Unidos y Somalia. Consultado el 19 de abril de 2013 en www.alaee.org.

normativos en materia de sustracción internacional de menores, que pretenden paliar el riesgo de que se produzca esta desgracia social. Así pues, el *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*³, y también el Convenio de La Haya de 19 de octubre 1996, *relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*⁴.

3 Estados que han ratificado este Convenio y forman parte de la Conferencia de La Haya: Albania, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, República de Corea, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, la ex República Yugoslava de Macedonia (por sucesión), Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumanía, Federación de Rusia, Serbia, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

Estados no miembros de la organización que han ratificado: Andorra, Armenia, Las Bahamas, Belice, Burkina Faso, Colombia, El Salvador, Fiji, Gabón, Guatemala, Guinea, Honduras, Lesotho, Nicaragua, República de Moldova, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Marino, Seychelles, Singapur, Tailandia, Trinidad y Tobago, Turkmenistán, Uzbekistán y Zimbabwe. Consultado el 19 de abril de 2013 en www.hcch.net.

4 Estados que han ratificado este Convenio y forman parte de la Conferencia de La Haya: Albania, Alemania, Australia, Austria, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia,

En el ámbito de los Convenios bilaterales nos encontramos con el *Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita y devolución de menores*, elaborado en Madrid, el día 30 de mayo de 1997.

1.3.-El régimen autónomo.

En el marco del derecho interno debemos de decir, que en materia de sustracción internacional de menores siguen en vigencia los arts. 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, donde se encuentra la regulación estatal de las *"medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional"*.

Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumanía, Federación de Rusia, Suecia, Suiza, Ucrania y Uruguay.

Estados no miembros de la organización que han ratificado: Armenia, Lesotho y República Dominicana. Consultado el 19 de abril de 2013 en www.hcch.net.

2.-CONCEPTO.

En aras de la simplificación conceptual de la sustracción internacional de menores⁵ acogemos para el siguiente trabajo, el concepto que nos da el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 (y el art. 225 bis del Código Penal en lo que le sea aplicable), que ha sido utilizado para definir esta realidad en los sucesivos Convenios Internacionales, que se han dictado en la materia. Por lo tanto, podemos definir la sustracción internacional de menores como:

“Se producen la sustracción internacional de Menores cuando un

5 CALVO CARAVACA A.L.et CARRASCOSA GONZÁLEZ J., «Problemas de secuestro internacional de menores», *La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. XXI, p. 481, tomo 2, Ed. La Ley, pp. ¿?

«La expresión internacionalmente más difundida para etiquetar a este fenómeno social es la de legal kidnapping que fue la empleada, en enero de 1976, por la delegación canadiense en el seno de un Comité especial de la Conferencia de La Haya, al proponer que se elaborase un futuro Convenio sobre el secuestro de un menor por uno de sus padres y ha convivido, desde entonces con otras, como abduction, secuestro internacional de menores, déplacement illégal de l'enfant, Kindesentführung o Kindesraub».

menor es trasladado ilícitamente aun país distinto de dónde reside habitualmente, violando el Derecho de custodia atribuido a una persona o a una Institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita, ejercerlo”.

Entendiendo el mismo Convenio como sustracción ilícita:

A. “Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separado o conjuntamente a una persona, a una institución o cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”.

B. “Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se

habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.

Cabe decir que en los diferentes Convenios Internacionales nos encontramos con que existen ciertas diferencias entre las clases de sustracción internacional de menores.

3.-CAUSAS DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES.

Las causas que provocan la sustracción internacional de menores tienen una evidente relación con los comportamientos sociales⁶, que se producen entre los

6 CALVO CARAVACA A.L. et CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Loc. cit.*, p. ¿?

«De la magnitud del fenómeno dan cuenta las cifras numéricas que, en respuesta a un cuestionario sometido a los Gobiernos, en agosto de 1978, por el Bureau permanente de la Conferencia de La Haya de

DI Pr., se manejaron y que explican, por sí solas, la celeridad con que se llegó a la conclusión de sendos Convenios de la Conferencia de La Haya y del Consejo de Europa unos dos años después: Australia (10 casos), Bélgica (15 casos), Dinamarca (8 casos), Francia [75 (en 1977) y 130 (en 1978) casos]. El Reino Unido contestó que, aunque no disponía de estadísticas oficiales, el Home Office, en un período reciente de doce meses, había tenido que adoptar medidas en puertos y aeropuertos en 691 casos y en relación con 69 países distintos. El Gobierno de los Estados Unidos reconoció que, aun a falta también de estadísticas oficiales, el número anual de secuestros por un progenitor (parental abductions) de un Estado a otro de la Unión americana (inter-State) y de los Estados Unidos al extranjero o

viceversa podría estimarse de 25.000 a 100.000 (A.E. Anton, «The Hague...», p. 537, nota 1). En los años siguientes, la falta de cifras oficiales en este último país, permitió que, al margen de la magnitud numérica de los casos de secuestro de menores fuera de toda duda, el desacuerdo entre los especialistas se manifestase en la década de los 80 y las estimaciones anuales dadas por ellos siempre muy altas oscilasen entre un mínimo de 25.000 casos y un máximo de 400.000 y un mínimo de 459.000 y un máximo de 751.000. Cifras en claro contraste con la realidad que muestran los datos suministrados por instancias oficiales estadounidenses, como la Office of OverseasCitizensServices (que informó de unos 300 casos de secuestro internacional de menores), el Bureau of ConsumerAffairs (que,

procreadores y sus procreados en la relación biológica de filiación⁷, o entre los padres y los hijos, tanto en

en 1986, investigó 1.960 casos de secuestro de menores trasladados de Estados Unidos a 102 países extranjeros) o el United States State Department [que informó de 2.184 secuestros internacionales de menores (de 1973 a octubre 1986), 1.507 (en los años 1983-1986) o un total de 2.518 casos de secuestro internacional (hasta 1987)] (Vid. A. Shapira, «Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases», RCADI, 1989-II, t. 214, pp. 177-178).».

⁷ LACRUZ BERMEJO J.L., *Elementos de derecho civil*, Volumen IV Familia, Segunda Edición, Madrid, 2005, DYKINSON, p. 307.

«La relación de filiación. Del hecho de que toda persona deba la existencia a su procreación o generación por un hombre y una mujer deriva su filiación (biológica) respecto de sus progenitores, y también su filiación jurídica, expresión, para el Derecho, en línea de principio, de aquella relación biológica. Del hecho jurídico de la filiación deriva la relación jurídica de filiación (paternidad /maternidad), entendida como la existente entre generantes y generados, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes, y función que los vinculan en una de la más ricas y complejas instituciones jurídicas humanas que el Derecho contempla».

la relación biológica de la filiación como en la filiación adoptiva o civil⁸. Por ello, procederemos a la enunciación de las principales causas de base social (en su mayoría) de la sustracción internacional de menores, donde incluso en algunas de ellas se puede ver el reflejo pernicioso de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados en las relaciones de filiación y en los hechos que puede entrar a valorar el operador jurídico.

3.1.-Crisis en matrimonios mixtos: Existe un mayor riesgo en los llamados *matrimonios mixtos*, es decir, aquellos donde los cónyuges ostentan nacionalidades diferentes, culturas o religiones diversas, en los cuales es muchísimo más probable el que se produzca alguna crisis matrimonial (nulidad, separación, divorcio, repudio...etc.), que puedan

conllevar que el cónyuge que tenga menos vínculos con el Estado de residencia del menor decida retornar al Estado con quien tiene más vinculación junto con su hijo/a⁹.

9 CALVO CARAVACA A. L., et CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Ed. 2012, p.434.

«María José Carrascosa y el concepto de «traslado ilícito». En marzo de 1999, la ciudadana española M.^a José Carrascosa contrajo matrimonio en España con P. Innes, un ciudadano norteamericano del State de New Jersey. De ese matrimonio nació, en abril de 2000, una niña. En 2004 se produjo el divorcio de la pareja ante tribunales norteamericanos. Ambos progenitores alcanzaron un acuerdo según el cual la menor viviría con su madre pero se admitían visitas regulares del padre a su hija los fines de semana alternos, y la menor no debería ser trasladada fuera de los Estados Unidos de América sin el permiso escrito del otro progenitor. En Enero de 2005, la madre viajó a España con su hija sin permiso del padre de la misma, y en julio de 2005, instó y obtuvo de un juzgado valenciano la custodia de la menor. La Audiencia Provincial de Valencia ratificó la sentencia recaída en primera instancia y se retiró el pasaporte a la menor para que no pudiera abandonar el territorio español. Ya en 2006, el padre obtuvo la custodia de su hija por sentencia dictada por el juez Edward V. Torack, del condado de Bergen (New Jersey, US). El padre también acudió a los tribunales españoles y solicitó la restitución de la menor a los Estados Unidos de América en virtud del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980, en vigor para España y para Estados Unidos. Pues bien, los tribunales españoles entendieron que, en lo relativo a la limitación de movimientos de la menor, el acuerdo entre los padres era una mera declaración de intenciones sin fuerza legal, y que, además, ese acuerdo limitaba la libre circulación de la madre y de la hija, derecho recogido en la Constitución Española. De modo que si la custodia de la menor corresponde a la madre, esta dispone del derecho de fijar la residencia legal de su hija. En consecuencia los tribunales españoles estimaron que el traslado de la menor a España no fue “ilícito” en el sentido del antes citado Convenio de La Haya de 1980, de modo que el retorno de la menor a los Estados Unidos debía ser denegado. Como consecuencia del traslado de la menor a España efectuado por su madre, los tribunales de New Jersey la condenaron por el delito de secuestro. En agosto de 2006, M.^a Carrascosa regresó a Estados Unidos para defenderse ante los tribunales de dicho país y para arreglar ciertos negocios. En septiembre de 2006, los tribunales estadounidenses ordenan la detención de la ciudadana española. El 21 de noviembre de 2006, es detenida e ingresó en prisión acusada del secuestro de su hija y de desacato a los tribunales, ya que, según estos, la ciudadana española había infringido la custodia de la menor establecida en la sentencia norteamericana (dEP 13 noviembre 2009, dEM 26 diciembre 2009, p. 12 y 11 enero de 2010). el 12 de noviembre de 2009, la ciudadana española es culpable de los 9 delitos de los que estaba acusada, y el 23 de diciembre de 2009, el juez del Estado de New Jersey, Donald Venezia, condena a María José Carrascosa a 14 años de prisión. Este caso es un supuesto de filiación y restitución de menores. Es un litigio entre particulares, que por tanto, debe ser resuelto por el DIPr., no es un litigio entre España y los Estados Unidos de América. Entre ambos Estados como mucho, solo puede surgir responsabilidad internacional en su caso por haber incumplido las obligaciones asumidas por los mismos en un Convenio internacional».

3.2.-Nacionalismo judicial: Es frecuente que los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se presenta la Litis, dé el derecho de custodia al cónyuge que ostenta la misma nacionalidad que el órgano jurisdiccional¹⁰.

3.3.-El discutido derecho de visitas: El padre o la madre del menor que no tenga atribuido el derecho de custodia, pero sí tenga reconocido el derecho de visitas, en muchas ocasiones hará un uso torticero o fraudulento del mismo. De manera que, lo utilice para trasladar al menor de su Estado de residencia habitual a un tercer Estado donde tenga su residencia el padre o madre que tenga reconocido el derecho de visitas, o simplemente teniendo la obligación de devolverlo al padre o madre que tenga reconocido el derecho de custodia

¹⁰ JAYME, E., «Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht», «Identidad cultural e interés superior del menor en el derecho internacional privado» (*N. de T.*), IPPrax, 1996, pp. 237-244).

En Francia, la sentencia de la Cour de cassation, Chambre civile, de 3 febrero 1982, texto en RCDIP, 1982, p. 558, con nota de P. LAGARDE.

no lo haga, es decir, se quede con el menor a costa de violar el derecho de custodia del otro.

3.4.-Violencia de Género: En muchos ocasiones la crisis matrimonial (nulidad, separación, divorcio, repudio...etc.), o la ruptura de la convivencia *more uxorio* de los padres, se produce como consecuencia de una situación de violencia de género que ha sufrido la madre del menor o menores. En estos supuestos es muy frecuente que la sentencia otorgue el derecho de custodia a la madre, pero que también reconozca un derecho de visitas del padre. Puede ocurrir que esta situación se transforme en el *caldo de cultivo* perfecto para que la titular del derecho de custodia se convierta con intención de proteger a los menores de su padre, en la "secuestradora" de sus hijos menores, huyendo del Estado donde tiene su residencia habitual el menor a un tercer Estado, sin el

consentimiento del padre y violando su derecho de visitas.

3.5.-Facilidad de traspaso de fronteras: Muchas veces la libre circulación de personas en el ámbito de la Unión Europea se convierte en un *arma de doble filo*, pues se transforma en el vehículo idóneo para trasladar a un menor de un Estado a otro sin ningún control, lo que favorece la sustracción internacional de menores, ya que no es necesaria la exhibición de documentos de ningún tipo.

3.6.-Colapso en la justicia: Esto se ha convertido en la *patología* de la mayor parte de los sistemas judiciales; Los procedimientos judiciales se alargan durante grandes periodos de tiempo. Por lo que se produce que en muchas ocasiones, que el menor, que en su momento fue sustraído de manera ilícita se haya adaptado al Estado en el que tiene su residencia *de facto*, donde tiene su comunidad de vida y

haya perdido muchos de los vínculos con su Estado de origen, convirtiéndose la resolución judicial más que en la solución del problema en parte del problema, puesto que atrae a las relaciones familiares más perjuicios que beneficios para los menores sobre los que se está decidiendo¹¹.

3.7.-El "otro nacionalismo judicial": Se produce en el momento del

11 CALVO CARAVACA A.L. et CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Opus Citatum*.

«Un célebre caso, el asunto Jundeff, resulta ilustrativo de este aspecto. En 1973, iniciado el proceso de separación matrimonial, Sara Jundeff cogió a sus dos hijos y, sin el consentimiento de su esposo, se los llevó de la República Federal de Alemania. Localizados en Israel, el padre, Josef Jundeff, solicitó la restitución de los menores del Tribunal Supremo israelí en febrero de 1974. Sólo en febrero de 1976, el caso Jundeff finalizó, al subir la madre con sus hijos en un avión con destino a la República Federal de Alemania, casi tres años después de que se hubiese iniciado la contienda judicial entre ambos esposos. Los dos últimos años se desarrollaron en Israel. Hubo en ellos contiendas forenses, resistencia al cumplimiento de las resoluciones judiciales y sensacionalista cobertura periodística del drama familiar. El propio Tribunal Supremo israelí, en sentencia de 28 enero 1976, manifestó, a través del Juez Berinson, su rechazo por la situación creada y su percepción del problema: «el paso del tiempo... en las circunstancias del caso no puede suministrar un motivo legítimo para alterar nuestras decisiones previas. El tiempo pasado debido a la violación de nuestras órdenes... por tácticas dilatorias y medidas ilegales de ocultación de los niños repetidas veces desde la ley. No se puede describir esta cadena de acontecimientos, sino como un asalto sobre el gobierno de la Ley».

reconocimiento o exequatur de la resolución que atribuye el derecho de custodia a uno de los dos padres. El Estado del padre que no ostente el derecho de custodia, como una manera de proteger a su nacional, llevará a cabo todos los impedimentos posibles para no reconocer la resolución.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- CALVO CARAVACA A.L. et CARRASCOSA GONZÁLEZ J., «Problemas de secuestro internacional de menores», *La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. XXI, tomo 2, Ed. La Ley.
- JAYME E., «Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht».
- CALVO CARAVACA A. L., et CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Ed. 2012.
- LACRUZ BERMEJO J.L., *Elementos de derecho civil*, Volumen IV Familia, Segunda Edición,

Madrid, 2005, DYKINSON.

II. Vías para combatir la sustracción internacional de menores

1. REGLAMENTO (CE) NÚM. 2201/2003 DEL CONSEJO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003 RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

El Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, tiene como objetivo, según consta en su considerando 1 que: El objetivo de este Reglamento se recoge en el Considerando 1 “*La Comunidad Europea se ha fijado el objetivo de crear un espacio de libertad, de seguridad, y de justicia, en el que se garantiza la libre circulación de personas. Con este fin debe adoptar, entre otras cosas, las medidas de cooperación judicial en materia civil necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior.*”

Ámbitos de aplicación

- Ámbito material, art 1 del Reglamento 2201/2003, establece dos listados uno con las materias a las que se aplicará (como procesos de crisis matrimoniales, responsabilidad parental, derechos de visita, guarda, custodia, asistencia, representación, acogimiento familiar o institucional, medidas de protección de los bienes del menor). Y otro listado con las materias a las que no se aplicará (filiación, capacidad relativa al derecho al nombre y la emancipación), sucesiones, alimentos, y medidas penales.
- Ámbito territorial, art 2.3 y el Considerando 31. Son Estados miembro, todos los Estados miembros de la Unión Europea excepto Dinamarca.
- Ámbito temporal, art 72 El Reglamento entró en vigor el 1 de Agosto de 2004 y desde esa fecha es aplicable a los preceptos sobre la organización e infraestructura de la administración judicial (arts. 67 a 70) y a partir de 1 de Marzo de 2005 es aplicable en su totalidad. Aunque se ha de puntualizar para los países que entraron con posterioridad a la Unión, que les será aplicable a partir de su fecha de ingreso.
- Ámbito espacial, hay de diferenciar:
 - A efectos de la Competencial Judicial Internacional, se aplicará erga omnes.
 - A efectos de reconocimiento, los Estados tanto el de origen como el requerido han de ser Estados miembros.

Artículo 10. Competencia en caso de sustracción de menores.—*En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:*

a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,

ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),

iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,

iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

En este artículo hay que diferenciar dos supuestos:

El primer supuesto cuando estamos ante un cambio ilícito de la residencia habitual del menor. En este caso la competencia corresponde al Estado donde tenía su residencia habitual el menor antes del traslado.

El segundo supuesto, en el que la competencia del Estado anterior al traslado cesará y esta le corresponderá al nuevo Estado donde reside el menor. Que será la vuelta a la regla general que establece el art 8. Se acompaña de unas condiciones:

- Que la persona o institución con el derecho de custodia dé su conformidad al traslado o la retención.
- El menor lleve residiendo un año desde que la persona o institución con derecho de custodia haya tenido conocimiento de su paradero y al mismo tiempo el menor se encuentre entregado en su nuevo entorno. Desde este punto se pueden derivar el resto de condiciones.
 - No se solicite la restitución del menor en el plazo de un año desde el conocimiento del traslado.
 - Se desista de la demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia.
 - El tribunal del Estado miembro donde tenía la residencia habitual el menor anterior al traslado archive la solicitud de restitución del menor.
 - El tribunal del Estado miembro donde tenía la residencia habitual el menor anterior al traslado, dicte una resolución de custodia que no implique la restitución.

Artículo 11. Restitución del menor.—1. *Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con*

arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional.

Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

5. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

6. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución.

7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor.

Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto.

8. Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

En este artículo se regula la restitución de menores bajo la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores. Pero siempre dándole una interpretación conforme al Reglamento dado que estamos en un ámbito diferente, es decir, las restituciones se darán entre Estados miembros del Reglamento.

Al poner en conexión este artículo del Reglamento con los artículos mencionados en el mismo del Convenio de La Haya de 1980, nos permite diferenciar dos situaciones, la primera cuando se produzca el proceso de restitución del menor y la segunda que dicho proceso se deniegue.

El proceso de restitución del menor se produce, la autoridad que actuará en dicha restitución será la del Estado requerido, el art 11 recoge los caracteres del proceso:

- Una actuación urgente, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. (apartado 3)
- Deberán resolver en un plazo de seis semanas salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible. (apartado 3)
- No podrá denegar la restitución sin audiencia previa al solicitante. (apartado 5)

El proceso de restitución del menor es denegado por los motivos que contemplan los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980. El art 11 recoge:

- En su apartado 2, que se velará por que el menor tenga la posibilidad de audiencia durante el proceso, siempre que tenga suficiente edad o madurez.
- No podrán denegar la restitución de un menor basándose en el art 13 b) del Convenio de La Haya de 1980 (*existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*) si se demuestra la adopción de medidas adecuadas para garantizar la protección del menor. Apartado 4.
- Si se deniega la restitución conforme a lo recogido en el art 13 del Convenio de La Haya de 1980:
 - Se producirá la transmisión de los documentos pertinentes al juez del Estado miembro donde se encontrara la residencia habitual del menor anterior a su traslado, y esta transmisión se deberá realizar en el plazo de un mes. Apartado 6.
 - Apartado 7, la autoridad receptora invitará a las partes a presentar una reclamación custodia en el plazo de 3 meses desde la notificación.

Art 11.8, establece que cualquier resolución judicial posterior a la denegación de la restitución, que ordene la restitución del menor (dictada por un órgano jurisdiccional competente) será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor. O lo que es lo mismo la decisión posterior se certificará como Título Ejecutivo Europeo por el juez de origen por lo que la resolución circulará libremente por Europa.

Artículo 40. Ámbito de aplicación.—1. La presente sección se aplicará:

a) al derecho de visita, y

b) a la restitución de un menor consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha restitución, con arreglo al apartado 8 del artículo 11.

2. Las disposiciones de la presente sección no impedirán que un titular de la responsabilidad parental procure el reconocimiento y la ejecución de una resolución judicial conforme a las disposiciones de las secciones 1.ª y 2.ª del presente capítulo.

El artículo 40 inaugura la sección relativa a la fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor.

Este artículo es un Título Ejecutivo Europeo ya que la resolución va a desplegar efectos en todos los Estados miembro sin necesidad de exequátur en relación a la restitución del menor. Es decir será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en cualquier Estado miembro sin necesidad de ninguna declaración de ejecución y sin que pueda impugnar su reconocimiento.

El artículo delimita diciendo que solo se aplicará en caso de restitución de un menor tras una resolución de no restitución, a que se refiere el art. 11 apartado 8, del Reglamento.

Artículo 41. Derecho de visita.—*1. El derecho de visita contemplado en la letra a) del apartado 1 del artículo 40, concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2.*

Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que reconocen un derecho de visita, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución.

2. El juez de origen sólo expedirá el certificado contemplado en el apartado 1, utilizando para ello el modelo de formulario que figura en el anexo III (certificado referente al derecho de visita):

a) si, por lo que respecta a los procedimientos en rebeldía, el escrito de demanda o documento equivalente ha sido notificado o trasladado a la parte rebelde con la suficiente antelación y de tal manera que ésta pueda defenderse, o, de haberse notificado o trasladado el mencionado escrito o documento sin respetar estas condiciones, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución;

b) si se ha dado posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas, y

c) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

El certificado se redactará en la lengua de la resolución.

3. Si el derecho de visita se refiere a una situación que tuviera carácter transfronterizo al dictarse la resolución, el certificado se expedirá de oficio cuando la resolución adquiriera fuerza ejecutiva, incluso con carácter provisional. Si la situación sólo adquiere carácter transfronterizo con posterioridad, el certificado se expedirá a instancia de parte.

En este artículo se recogen los efectos del Título Ejecutivo Europeo en relación con la materia de derecho de visitas.

Para certificar la resolución como ejecutiva en este artículo se observan dos formas (siempre certificado por el juez de origen) se recoge en el apartado 3:

- De oficio, incluso para la ejecución provisional si la situación ya es transfronteriza.
- A instancia de parte si la situación deviene transfronteriza una vez ya se ha producido la decisión.

Los controles que deben de realizarse en relación a la certificación de origen:

- Si hubo rebeldía, se debe notificar con antelación suficiente y forma correspondiente, de tal forma que el demandado pueda defenderse.
- Cuando no se cumplan las condiciones, cabe la certificación si el demandado acepta inequívocamente la decisión.
- Ha de darse posibilidad de audiencia a todas las partes que intervienen en el proceso.
- En relación con el menor ha de haber posibilidad de audiencia para el también, salvo que no se pueda realizar por razones de edad o madurez.

Artículo 42. Restitución del menor.—1. *La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2.*

Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que ordenan la restitución del menor a tenor del apartado 8 del artículo 11, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución.

2. *El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente:*

a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez;

b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y

c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

El juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor).

El certificado se redactará en la lengua de la resolución.

El artículo 42 recoge como afecta el Título Ejecutivo Europeo a la restitución del menor. Estamos ante el supuesto en el que el Estado requerido no restituye al menor conforme a los motivos establecidos en el art 13 del Convenio de La Haya de 1980. Cualquier órgano con competencia jurisdiccional conforme a lo establecido por el Reglamento, dicta con posterioridad a la no restitución una decisión sobre la custodia que en este caso sí se traduce en la restitución del menor. Esta decisión se certificará como Título Ejecutivo Europeo por el juez de origen explicando las medidas que se deberán adoptar tras su restitución.

Al mismo tiempo establece unos controles a la certificación de origen, que son:

- Se ha de dar una valoración de las razones y pruebas que fundamentaron la no restitución conforme al art 13 del Convenio de La Haya de 1980.
- La posibilidad de dar audiencia a todas las partes afectadas.
- La posibilidad de dar audiencia al menor salvo que salvo que no se pueda realizar por razones de edad o madurez.

La importancia que tiene este texto habría justificado un tratamiento más pormenorizado del mismo.

2. CONVENIO DE LA HAYA 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES:

Introducción:

El secuestro internacional de menores, o también denominado *legal kindapping* es un fenómeno universal y que en un mundo globalizado en el que cada vez las fronteras se encuentran más desdibujadas es desgraciadamente cada vez más frecuente, por ello en la década de 1980 en el seno de la Conferencia de la Haya y después de que los países miembros de la Conferencia tomaran conciencia de que la situación social internacional del momento no solo permitía sino que facilitaba los traslados, secuestros de menores dando lugar a situaciones indeseables y de indefensión, por parte del menor, se decidió elaborar en el seno de esta conferencia un Convenio para combatir este tipo de prácticas, teniendo siempre como eje sobre el que pivotase dicho convenio el interés superior del menor, por ello el 25 de octubre de 1980 se elaboró en el seno de la Conferencia de la Haya el Convenio número XVII sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (de ahora en adelante denominado CH80), texto ratificado por España el día 7 de febrero de 1986 (BOE 24 agosto 1987, núm. 202, [pág. 26099]);, sin establecer ningún tipo de reservas al mismo, estando en vigor dicho convenio para España desde el 1 de septiembre de 1987.

Estados miembros del Convenio, momento de ratificación, adhesión:

La importancia de este convenio radica en el número de países que se han adherido a él para intentar solucionar la problemática del secuestro internacional de menores, a fecha de 14 de diciembre de 2012, son 89 los países que se han adherido al Convenio, el último de ellos ha sido la República de Corea (el 13 de diciembre de 2012), lo que demuestra la vigencia de la regulación del convenio y su eficacia como instrumento pacificador de las indeseables situaciones que se producen el secuestro internacional de menores.

A continuación mostramos dos tablas obtenidas página web de la Conferencia de la Haya:

- En primer lugar mostraremos una tabla en la que se establece toda la relación de los países que han realizado la adhesión, ratificación, si han hecho o no reservas así como la entrada en vigor de dicho convenio para ellos.
- En segundo lugar mostraremos una tabla que hace referencia a las aceptaciones de adhesión de los países al convenio.

TABLA N°1

Estados miembros de la organización:

Estados	<u>F1</u>	<u>R/A/Su 2</u>	<u>Tipo 3</u>	<u>VIG 4</u>	<u>Aut 6</u>	<u>Res/D/N 7</u>
Albania		4-V-2007	<u>A*</u>	1-VIII-2007	<u>1</u>	<u>Res</u>
Alemania	9-IX-1987	27-IX-1990	R	1-XII-1990	<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Argentina	28-I-1991	19-III-1991	R	1-VI-1991	<u>1</u>	<u>D</u>
Australia	29-X-1986	29-X-1986	R	1-I-1987	<u>1</u>	<u>D</u>
Austria	12-V-1987	14-VII-1988	R	1-X-1988	<u>1</u>	
Belarús		12-I-1998	<u>A*</u>	1-IV-1998	<u>1</u>	<u>Res</u>
Bélgica	11-I-1982	9-II-1999	R	1-V-1999	<u>1</u>	
Bosnia y Herzegovina		23-VIII-1993	<u>Su</u>	6-III-1992	<u>1</u>	
Brasil		19-X-1999	<u>A*</u>	1-I-2000	<u>1</u>	<u>Res</u>
Bulgaria		20-V-2003	<u>A*</u>	1-VIII-2003	<u>1</u>	<u>Res</u>
Canadá	25-X-1980	2-VI-1983	R	1-XII-1983	<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Chile		23-II-1994	<u>A*</u>	1-V-1994	<u>1</u>	<u>D</u>
China, República Popular			<u>C</u>		<u>2</u>	<u>D,N</u>
China, República Popular			<u>C</u>		<u>2</u>	<u>D,N</u>
Chipre		4-XI-1994	<u>A*</u>	1-II-1995	<u>1</u>	
Corea, República de		13-XII-2012	<u>A*</u>	1-III-2013	<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Costa Rica		9-XI-1998	<u>A*</u>	1-II-1999	<u>1</u>	
Croacia		23-IV-1993	<u>Su</u>	1-XII-1991	<u>1</u>	
Dinamarca	17-IV-1991	17-IV-1991	R	1-VII-1991	<u>1</u>	<u>Res</u>
Ecuador		22-I-1992	<u>A*</u>	1-IV-1992	<u>1</u>	
Eslovaquia	28-XII-1992	7-XI-2000	R	1-II-2001	<u>1</u>	<u>Res</u>
Eslovenia		22-III-1994	<u>A*</u>	1-VI-1994	<u>1</u>	

España	7-II-1986	16-VI-1987	R	1-IX-1987	1	
Estados Unidos de América	23-XII-1981	29-IV-1988	R	1-VII-1988	1	Res
Estonia		18-IV-2001	A*	1-VII-2001	1	Res
Finlandia	25-V-1994	25-V-1994	R	1-VIII-1994	1	Res
Francia	25-X-1980	16-IX-1982	R	1-XII-1983	1	Res,D
Francia	25-X-1980	16-IX-1982	R	1-XII-1983	1	Res,D
Georgia		24-VII-1997	A*	1-X-1997	1	
Grecia	25-X-1980	19-III-1993	R	1-VI-1993	1	Res
Hungría		7-IV-1986	A*	1-VII-1986	1	
Irlanda	23-V-1990	16-VII-1991	R	1-X-1991	1	
Islandia		14-VIII-1996	A*	1-XI-1996	1	Res
Israel	4-IX-1991	4-IX-1991	R	1-XII-1991	1	Res
Italia	2-III-1987	22-II-1995	R	1-V-1995	1	
Macedonia		20-IX-1993	Su	1-XII-1991	1	
Letonia		15-XI-2001	A*	1-II-2002	1	Res
Lituania		5-VI-2002	A*	1-IX-2002	1	Res
Luxemburgo	18-XII-1984	8-X-1986	R	1-I-1987	1	Res
Malta		26-X-1999	A*	1-I-2000	1	
Marruecos		9-III-2010	A*	1-VI-2010	1	
Mauricio		23-III-1993	A*	1-VI-1993	1	Res
México		20-VI-1991	A*	1-IX-1991	1	
Mónaco		12-XI-1992	A*	1-II-1993	1	Res
Montenegro		1-III-2007	Su	3-VI-2006	1	
Noruega	9-I-1989	9-I-1989	R	1-IV-1989	1	Res
Nueva Zelandia		31-V-1991	A*	1-VIII-1991	1	Res
Países Bajos	11-IX-1987	12-VI-1990	R	1-IX-1990	1	D,Res
Panamá		2-II-1994	A*	1-V-1994	1	Res
Paraguay		13-V-1998	A*	1-VIII-1998	1	
Perú		28-V-2001	A*	1-VIII-2001	1	
Polonia		10-VIII-1992	A*	1-XI-1992	1	Res
Portugal	22-VI-1982	29-IX-1983	R	1-XII-1983	1	
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	19-XI-1984	20-V-1986	R	1-VIII-1986	1	N,Res
República Checa	28-XII-1992	15-XII-1997	R	1-III-1998	1	Res
Rumania		20-XI-1992	A*	1-II-1993	1	
Rusia, Federación de		28-VII-2011	A*	1-X-2011	1	Res
Serbia		29-IV-2001	Su	27-IV-1992	1	
Sri Lanka		28-IX-2001	A*	1-XII-2001	1	Res
Sudáfrica		8-VII-1997	A*	1-X-1997	1	Res
Suecia	22-III-1989	22-III-1989	R	1-VI-1989	1	Res

Suiza	25-X-1980	11-X-1983	R	1-I-1984	1	
Turquía	21-I-1998	31-V-2000	R	1-VIII-2000	1	Res
Ucrania		2-VI-2006	A*	1-IX-2006	1	
Uruguay		16-XI-1999	A*	1-II-2000	1	
Venezuela	16-X-1996	16-X-1996	R	1-I-1997	1	Res

Estados no miembros de la organización:

Estados	F1	R/A/Su 2	Tipo 3	VIG 4	Aut 6	Res/D/N 7
Andorra		6-IV-2011	A*	1-VII-2011	1	Res
Armenia		1-III-2007	A*	1-VI-2007	1	Res
Bahamas		1-X-1993	A*	1-I-1994	1	
Belice		22-VI-1989	A*	1-IX-1989	1	Res
Burkina Faso		25-V-1992	A*	1-VIII-1992	1	
Colombia		13-XII-1995	A*	1-III-1996	1	
El Salvador		5-II-2001	A*	1-V-2001	1	D,Res
Fiji		16-III-1999	A*	1-VI-1999	1	
Gabón		6-XII-2010	A*	1-III-2011		
Guatemala		6-II-2002	A*	1-V-2002	1	Res
Guinea		7-XI-2011	A*	1-II-2012	1	
Honduras		20-XII-1993	A*	1-III-1994	1	Res
Lesotho		18-VI-2012	A*	1-IX-2012	1	
Nicaragua		14-XII-2000	A*	1-III-2001	1	
República de Moldova		10-IV-1998	A*	1-VII-1998	1	Res
República Dominicana		11-VIII-2004	A*	1-XI-2004	1	
Saint Kitts y Nevis		31-V-1994	A*	1-VIII-1994	1	Res
San Marino		14-XII-2006	A*	1-III-2007	1	D
Seychelles		27-V-2008	A*	1-VIII-2008	1	
Singapur		28-XII-2010	A*	1-III-2011	1	Res
Tailandia		14-VIII-2002	A*	1-XI-2002	1	Res
Trinidad y Tabago		7-VI-2000	A*	1-IX-2000	1	
Turkmenistán		29-XII-1997	A*	1-III-1998	1	
Uzbekistán		31-V-1999	A*	1-VIII-1999	1	Res
Zimbabwe		4-IV-1995	A*	1-VII-1995	1	Res

1) F = Firma

2) R/A/Su = Ratificación, Adhesión o Sucesión

3) Tipo = R: Ratificación;

A: Adhesión;

A*: Adhesión sometida al procedimiento de aceptación; haga clic en A* para más detalles sobre las aceptaciones de la adhesión;

C: Continuación;

Su: Sucesión;


Den: Denuncia;

*Fuente: <http://www.hcch.net>

TABLA N°2

Tabla de aceptaciones y adhesiones, Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores:

[illegible]

 HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW CONFÉRENCE DE LA HAÏE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ		ACCEDING STATES TO THE CONVENTION IN CHRONOLOGICAL ORDER			
CONTRACTING STATES		MEMBER STATES HCCH			
HUNGARY	A				
ICELAND	A				
IRELAND	R				
ISRAEL	R				
ITALY	R				
LATVIA	A				
LITHUANIA	A				
LUXEMBOURG	R				
MALTA	A				
MAURITIUS	A				
MEXICO	A				
MONACO	A				
MONTENEGRO	R				
MOROCCO	A				
NETHERLANDS	R				
NEW ZEALAND	A				
NORWAY	R				
PANAMA	A				
PARAGUAY	A				
PERU	A				
POLAND	A				
PORTUGAL	R				
REPUBLIC OF KOREA	A				
ROMANIA	A				
RUSSIAN FEDERATION	R				
SERBIA	R				
SLOVAKIA	R				
SLOVENIA	A				
SOUTH AFRICA	A				
SPAIN	R				
SRI LANKA	A				
SWEDEN	R				
SWITZERLAND	R				
TURKEY	R				
UKRAINE	A				
UNITED KINGDOM	R				
UNITED STATES	R				
URUGUAY	A				
VENEZUELA	R				
NON MEMBERS HCCH					
ANDORRA	A				
ARMENIA	A				
BAHAMAS	A				
BELIZE	A				
BURKINA FASO	A				
COLOMBIA	A				
DOMINICAN REPUBLIC	A				
GUATEMALA					
GUINIA					
GUINÉE-BISSAU					
HONDURAS					
INDONESIA					
JAMAICA					
JAPAN					
KAZAKHSTAN					
KENYA					
KIRIBATI					
KUWAIT					
LAOS					
LESOTHO					
LIBERIA					
LIBYAN ARAB JAMAHIRIYA					
LITHUANIA					
LUXEMBOURG					
MALAYSIA					
MALTA					
MARSHALL ISLANDS					
MEXICO					
MICRONESIA					
MOLDOVA					
MONTENEGRO					
MOROCCO					
NETHERLANDS					
NEW ZEALAND					
NORWAY					
PANAMA					
PARAGUAY					
PERU					
POLAND					
PORTUGAL					
REPUBLIC OF KOREA					
ROMANIA					
RUSSIAN FEDERATION					
SERBIA					
SLOVAKIA					
SLOVENIA					
SOUTH AFRICA					
SPAIN					
SRI LANKA					
SWEDEN					
SWITZERLAND					
TURKEY					
UKRAINE					
UNITED KINGDOM					
UNITED STATES					
URUGUAY					
VENEZUELA					
ANDORRA					
ARMENIA					
BAHAMAS					
BELIZE					
BURKINA FASO					
COLOMBIA					
DOMINICAN REPUBLIC					

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (HCCH)

158

Como podemos observar en la primera tabla España firmó el texto el 7 de febrero de 1986, lo ratificó el 16 de junio de 1987 y está en vigor desde el 1 de septiembre de 1987, España no realizó ninguna de las reservas que prevé el convenio que se puedan realizar y nombró a una única autoridad central que es la Subdirección General de Cooperación jurídica internacional dependiente del Ministerio de Justicia. En la segunda tabla como vemos España ha aceptado la adhesión de todos los países que se han adherido al convenio excepto de los tres últimos países que se han adherido al convenio (República de Corea, adherida el 13-XII-2012; Lesotho adherida el 18-VI-2012 y Guinea adherida el 7-XI-2011), respecto de los cuales parece que el gobierno aún no ha tenido tiempo de declarar la aceptación de la adhesión de dichos países de acuerdo con lo establecido en el Art. 38 del convenio. Las fechas de adhesión, aceptación de la adhesión y entrada en vigor del convenio que figuran en las tablas son muy importantes pues este es un convenio interpartes, como veremos en el ámbito de aplicación del convenio.

Objetivos del convenio:

Nos encontramos ante un convenio *sui generis* denominado por algún sector de la doctrina, pues no es un convenio clásico de derecho internacional privado, pues este convenio no regula competencia judicial internacional, ni derecho aplicable ni validez extraterritorial de decisiones, es un convenio de carácter fáctico que lo que hace es establecer una estructura de cooperación internacional de autoridades y una acción directa para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual para así luchar contra los casos de secuestro internacional de menores.

Por tanto los objetivos que persigue el convenio recogidos en el Art. 1 CH80 o los podemos dividir en dos: por un lado lograr el retorno del menor de un país a otro, es decir lograr que el menor vuelva al estado de su residencia habitual, a la situación en que estaba antes de que se produjese ese traslado o retención ilícita del menor (secuestro internacional, como término genérico), puesto que se considera que el traslado o retención del menor a un medio distinto del de su residencia habitual es negativo para el menor, y también porque se considera que quien debe valorar las cuestiones de custodia del menor es el país de su residencia habitual, puesto que es el que más vinculación tiene con el menor, y por otro busca el convenio velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el estado de origen del menor.

Ámbitos de aplicación del Convenio:

En primer lugar por un lado tenemos los requisitos subjetivos, regulados en el Art. 4 CH80, que establece que el convenio se aplicará a los menores de 16 años, (pero no es aplicable al nasciturus, no sería un traslado ilícito que la madre se trasladase a otro país para dar a luz al bebé) con residencia habitual en un estado parte del convenio en el momento inmediatamente anterior a su sustracción ilegal. Aquí hay que tener en cuenta que el único criterio relevante es la “residencia habitual”. Por residencia habitual hemos de entender el lugar donde radique el centro social de vida del menor, (donde vaya al colegio, tenga sus amigos, etc.), aquí nos encontramos con la problemática de identificar el centro social de vida de los bebés, y hemos de entender su centro social de vida es el centro social de vida de las personas de las que dependen físicamente.

En segundo lugar, para que sea aplicable el menor ha de haber sido trasladado o retenido ilícitamente en un estado parte del convenio. De esta forma el país desde el que es trasladado el menor es irrelevante, lo único relevante es que el menor haya sido traslado ilícitamente a un estado parte del convenio, y que este a su vez tuviese su residencia habitual en otro estado miembro del convenio, por lo que si el menor (con residencia habitual en España) está de vacaciones en un estado no miembro del convenio (Bolivia) y es traslado ilícitamente desde allí a un estado miembro del convenio (Colombia), el convenio sería aplicable.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un convenio inter partes, el convenio solo se aplica entre estados miembros del convenio y además para que el convenio sea aplicable hay que estar al Art. 38 CH80 que establece que el convenio entrará en vigor para el estado que realizó la adhesión a él el primer día del tercer mes del calendario después del depósito de su instrumento de adhesión, pero establece una precisión y dice la adhesión solo surtirá efecto entre el estado adherido y aquellos estados contratantes que hayan declarado su aceptación a la adhesión de dicho estado y el convenio entrará en vigor entre el estado adherido y el estado que haya declarado que acepta esta adhesión el primer día del tercer mes después del depósito de la declaración de aceptación.

En cuarto lugar, el traslado o retención del menor con residencia habitual en un estado parte del convenio a otro estado parte del convenio ha de ser un traslado o retención ilícitos y para determinar cuándo se consideran ilícitos hay que acudir al Art. 3 CH80, este establece será ilícito: Por un lado cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separado o conjuntamente a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, de acuerdo con el derecho vigente en el estado en que el menor tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior al traslado o retención. A estos efectos el derecho de custodia puede resultar en particular bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho estado (por ejemplo convenio de separación). Por otro lado cuando este derecho de custodia se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Hay que tener en cuenta que tal y como establece el Art. 5.1 CH80 el derecho de custodia a los efectos de este reglamento comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el derecho de decidir sobre el lugar de su residencia, por lo que debemos entender que el traslado o retención ha sido ilícita en los siguientes casos: (1) cuando una persona tiene la custodia y otra tiene atribuido el derecho de visitas y aprovechando el ejercicio de este derecho traslada el menor a otro país; (2) cuando la custodia esta atribuida a dos personas y uno de ellos traslada unilateralmente al menor a otro país privando así al otro progenitor del derecho de custodia; (3) cuando una persona tiene atribuida la custodia del menor pero dicha custodia está limitada judicialmente al territorio de un país y procede a trasladarlo a otro país.

En resumen por lo que respecta al **ámbito de aplicación material**, de conformidad con el Art. 3, 4 y 5 CH80 se aplicará el convenio a los traslados o retenciones ilícitas de menores de 16 años, de acuerdo con el concepto de traslado y retención ilícita que ya hemos visto, por lo que respecta al **ámbito de aplicación territorial** el convenio se aplicará si el estado al que ha sido trasladado o retenido el menor es un estado parte del convenio, entendiendo al **ámbito de aplicación personal**,

será de aplicación el convenio si el menor de 16 años que ha sido traslado tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior al traslado o retención en un estado miembro del convenio, y finalmente en referencia al **ámbito de aplicación temporal** hay que estar al Art. 38 CH80 y Art. 35 CH80 y siendo este un convenio interpartes solo será aplicable si el convenio está en vigor y es aplicable entre el estado de residencia habitual del menor de 16 años que ha sido traslado y el estado al que dicho menor ha sido trasladado.

Atendiendo al ámbito de aplicación hay que llamar la atención sobre dos cuestiones que a nuestro parecer son importantes y quedan fuera del ámbito de aplicación del convenio, la primera de ellas es la referente a la vulneración del derecho de visitas (cuando aquel que tiene la custodia del menor no permite al titular del derecho de visitas ejercer dicho derecho, estando el titular del derecho de visitas en otro país), pues aunque el Art. 21 CH80 se refiere a esta cuestión lo cierto es que nos encontramos ante una débil protección del derecho de visitas pues si bien este artículo recoge que las autoridades de los estados partes del convenio tomarán las medidas oportunas para reducir los obstáculos existentes para el ejercicio del derecho de visitas, en la práctica nos encontramos con que el convenio no permite ordenar el retorno del menor con destino al país donde reside el titular del derecho de visitas para que este derecho se ejercite. La segunda cuestión que no está dentro del ámbito de aplicación del convenio es el caso del “*doble secuestro internacional*”, que se produce cuando un menor es traslado ilícitamente a un estado, y posteriormente se procede a trasladar “ilícitamente”, manu militari a dicho menor al estado de su residencia habitual, por ejemplo un menor de 12 años (con residencia habitual en España) es retenido por su padre colombiano en Colombia (mientras el menor estaba allí para que el padre ejercía este su derecho de visita), y entonces la madre en lugar de proceder a través de mecanismos legales, contrata a alguien para que clandestinamente “secuestre” al menor y lo traslade a España (residencia habitual del menor), en lo relativo a los aspectos civiles, no sería aplicable convenio, pues el menor ha sido traslado a un país que coincide con su residencia habitual, es discutible si esta cuestión debiera haber sido regulado o tratada por el convenio, nosotros consideramos que sí, pues aunque en lo relativo a los aspectos civiles del secuestro de menores lo que debe primar es el interés del menor y todo parece indicar que el interés del menor radica en estar en el país su residencia habitual, no siempre es así, pues lo cierto es que no se está permitiendo que se valoren las causas del Art. 13 que permiten no ordenar la restitución del menor, y podríamos encontrarnos en caso en que el menor estaba sufriendo malos tratos en su estado de residencia habitual, y como ha sido restituido por la fuerza, manu militari, no se podría aplicar el convenio para que este menor estuviese con el titular del derecho de visitas (que se encuentra en Colombia, atendiendo al ejemplo anterior), que parece que sería lo mejor atendiendo al interés del menor si este recibiese malos tratos por parte del titular del derecho de visitas.

En lo que se refiere a la relación o posible concurrencia del Convenio de la Haya de 1980 con otros convenios o reglamentos, hay que estar a lo dispuesto en el Art. 34 CH80 que establece que el presente convenio tiene prioridad en su ámbito de aplicación sobre el Convenio del 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de las autoridades y a la ley aplicable en materia de protección de menores entre los estados partes de ambos convenios, por lo demás este reglamento no impedirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el estado de origen y requerido ni invocar otras normas jurídicas para lograr la restitución del menor. También hay que hacer referencia

al Art. 36 CH80 que recoge que nada de lo dispuesto en este convenio impedirá que dos o más estados partes acuerden mutuamente la derogación de algunas disposiciones que limiten las restricciones a las que podría estar sometido el retorno del menor. Dicho lo cual hay que hacer referencia al Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que recoge un procedimiento de restitución entre los estados partes de dicho reglamento que remite al procedimiento regulado en el Convenio de la Haya de 1980, pero con algunos matices tendentes a favorecer la restitución del menor, matices que serán objeto de estudio en el análisis de dicho reglamento. Por lo que entre los estados miembros del reglamento 2201/2003 y que a su vez lo sean de la Conferencia de la Haya de 1980 será de aplicación lo dispuesto en el reglamento.

También hay que relacionar el Convenio de la Haya de 1980 con el Convenio de la Haya de 1996, atendiendo al Art. 50 del CH 1996 el Convenio de la Haya de 1996 no afecta al Convenio de la Haya de 1980 en las relaciones entre los estados partes de ambos convenios, sin embargo también establece este artículo que nada impide que se invoquen disposiciones del Convenio de la Haya de 1996 para intentar lograr el retorno del menor que ha sido traslado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visitas, de forma que en caso de que los país entre los que se suscita la cuestión sean partes de ambos convenios existirá la posibilidad de acudir tanto a lo dispuesto e uno como a lo dispuesto en otro.

Sectores que regula el texto:

Como ya indicamos al hablar del objetivo que perseguía el convenio nos encontramos ante un convenio de carácter fáctico que regula cooperación internacional (no exclusivamente judicial) entre los estados partes, entre las autoridades de los estados partes del convenio para el ejercicio de una acción directa de restitución del menor a la situación anterior a que se produjese el traslado o retención ilícita, tratando de respetar el statu quo anterior a la sustracción del menor. Atendiendo a esta cooperación internacional que establece el convenio entre los estados partes el funcionamiento del convenio es el siguiente:

El convenio en el capítulo II regula un sistema de autoridades centrales; en el Art. 6 CH80 se establece que cada uno de los estados parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone el convenio, haciéndose una precisión respecto a los estados federales o estados con diferentes sistemas de derecho vigentes, o con organizaciones territoriales autónomas, que tiene la facultad de designar más de una autoridad central especificando la extensión territorial de los poderes de cada una de ellas, España pese a esta facultad ha designado una única autoridad central, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional dependiente del Ministerio de Justicia. Posteriormente en el Art. 7 CH80 se recogen algunas de las obligaciones de la autoridad central, entre las que hay que destacar que las autoridades centrales deberán colaborar entre sí, para conseguir el fin que persigue el convenio (la restitución inmediata del menor), y además establece que deberán las autoridades centrales adoptar las medidas apropiadas que permitan: localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; intercambiar información relativa a la situación social del

menor, si se estima conveniente; facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

El convenio en capítulo III recoge el procedimiento de restitución del menor, estableciéndose en el Art. 8 CH80 que este procedimiento principiará por una petición (demanda) que podrá realizar toda persona, Institución u Organismo que sostenga que un menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente, y dicha demanda podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor o cualquier otro estado contratante. En este mismo Art. 8 Ch se regula el contenido que debe contener dicha solicitud: información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor; toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor. Así mismo también se establece la posibilidad de que la solicitud vaya acompañada de otros documentos.

En el Art. 9 CH80 se establece que si la autoridad que recibe la demanda tiene motivos para creer que el menor se encuentra en otro estado parte remitirá inmediatamente la solicitud a la autoridad central de dicho estado e informará al demandante o a la autoridad central requirente. La autoridad central del estado donde se encuentre el menor deberá adoptar las medidas necesarias para conseguir la restitución voluntaria del menor (Art. 10 CH80), aquí juega un papel muy importante la mediación y hay que destacar “la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, elaborada por la Conferencia de la Haya que pretende establecer la mediación para solucionar los conflictos de secuestro de menores de una forma “amigable”, y así evitar perjuicios innecesarios para el menor. En el Art. 11 CH80, se establece la obligación de las autoridades centrales de actuar con celeridad en los procedimientos de restitución de menores, debiendo llegar a una decisión en un plazo de seis semanas, y en caso de demora la autoridad central requirente o bien la persona o institución demandante podrá pedir declaración sobre las razones de la demora.

Posteriormente en los Art. 12 y ss. CH80 se recoge propiamente la acción directa de restitución del menor, hay que tener en cuenta que dicha acción trata de restituir al menor a la situación inmediatamente anterior al traslado o retención ilícito, no decide quién debe tener la custodia del menor, por ello hay que destacar que se ordena el retorno del menor a un concreto país, no el retorno a una persona, (pues se puede dar el caso de que el menor haya sido trasladado ilícitamente por quien tenía su custodia, por ejemplo si tenía la prohibición de salir del territorio nacional sin autorización). En el Art. 12 CH80 se diferencian dos situaciones distintas, que han de ser tratadas de forma distinta en función del tiempo transcurrido desde el traslado ilícito, por un lado en el caso

en que entre el traslado ilícito y el inicio del procedimiento de restitución haya transcurrido menos de un año, en cuyo caso se deberá proceder a la restitución inmediata del menor, a salvo de las causas del Art. 13 y 20 CH80 para denegar dicha restitución. Y por otro lado en el caso de que entre el traslado ilícito y el inicio del procedimiento haya transcurrido más de un año, en cuyo caso se deberá proceder a la restitución del menor (a salvo del Art. 13 y 20 CH80) salvo que quede demostrador que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio, una vez más como podemos observar prima el interés del menor, pero en atención a esta segunda situación (cuando ha transcurrido más de un año) debemos hacer una reflexión crítica, pues el *dies a quo* para el computo del plazo de un año es desde el momento del secuestro y el *dies ad quem* es el momento de presentación de la solicitud, sin embargo qué sucedería si desde la presentación de la solicitud (dentro del plazo de un año, en principio no cabría alegar que el menor está efectivamente integrado en su nuevo medio) y la resolución de dicha solicitud transcurren 4 años (pues aunque el convenio busca celeridad si se tarda en localizar al menor esto puede suceder), atendiendo al interés del menor podría darse el caso de que lo mejor si este se encuentra efectivamente integrado en el medio sea la no restitución, sin embargo como la solicitud se presentó dentro del plazo de un año no podría alegarse este motivo quedando desprotegido el interés del menor. Quizás podríamos subsumir esta cuestión en alguno de los motivos de rechazo de la restitución del Art. 13 CH80, como por ejemplo que el menor quede en una situación intolerable, debido a que se le saca de su “nuevo” centro social de vida que ahora procederemos a examinar.

La restitución del menor pese a lo establecido en el Art. 12 CH80 no opera de forma automática, es cierto que la restitución es la principal meta del presente convenio y debe ser la regla general pero en el Art. 13 CH80 y en el Art. 20 CH80 se recogen diferentes motivos por los que las autoridades de un país pueden (no están obligadas a denegar, siempre hay que tener presente el eje del convenio, el interés del menor) denegar la restitución del menor, motivos que como excepciones han de ser interpretados restrictivamente. Analizando en primer lugar los motivos del Art. 13 CH80, en este se recogen tres motivos para que la autoridad judicial o administrativa se oponga a la restitución:

En primer lugar: Que quien tuviese otorgada la custodia del menor no la ejerciese de modo efectivo en el momento de la sustracción o que posteriormente haya consentido o aceptado dicho traslado o retención ilícitos.

En segundo lugar: Que el menor se oponga a la restitución, aquí hay que tener en cuenta la edad y el grado de madurez del menor para poder valorar si debe prevalecer su opinión o no.

En tercer lugar: Cuando exista grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un grave peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera se ponga al menor en una situación intolerable, quizás esta es la causa de oposición que es más abierta, deja un mayor abanico de posibilidades aunque hay que tener en cuenta que debe interpretarse restrictivamente y por tanto tiene que darse las condiciones establecidas, por ello en primer lugar por grave riesgo hemos de entender que ha de existir un riesgo, extremo, altamente probable, y probado por quien lo alega. Por grave peligro físico o psíquico hemos de entender que debe ser siempre elevado, serio, y debe ser actual, no potencial, o pasado (si las circunstancias han cambiado), y además este peligro físico o psíquico debe de verificarse sobre el menor, no sobre la madre (por

ejemplo la madre podría suicidarse si restituyen al menor, esto no sería motivo de oposición) o hermanos u otros terceros. Por situación intolerable para el menor hemos de interpretarlo restrictivamente y atendiendo siempre al interés superior del menor, es posible que quizás se pudiese alegar que el menor se ha integrado completamente en su nuevo medio y que ir a un país donde no conoce a nadie ni nada, ni la lengua le deje en situación intolerable (caso que ya mencionábamos anteriormente).

Analizando en segundo lugar lo establecido en el Art. 20 CH80 esta recoge una especie de orden público limitado pues dice que podrá denegarse la restitución cuando no lo permitan los principios fundamentales del estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. (Quizás aquí podríamos sostener (un poco con calzador) el supuesto como que en caso de restitución el menor acudirá a un país donde no existe libertad religiosa, vulnerando el libre desarrollo de la personalidad Art. 10 CE, o cuando con la restitución una menor acudirá a un país donde se le practicará la ablación genital. (Art. 15 CE)).

En todo caso hay que decir que estos motivos de oposición a la restitución siempre han de ser interpretados restrictivamente y no se puede abusar de ellos en aras de un nacionalismo judicial, como en bastantes ocasiones ha sucedido en la jurisprudencia donde parece que en lugar de poner el punto de mira en el interés del menor de lo que se trata es de proteger al progenitor nacional.

En los Art. 14 y ss., se regulan otras cuestiones relativas procedimiento de restitución en concreto en los Art. 14 y 15 CH80 se regula las formas en que las que el estado requerido puede comprobar que se cumple el ámbito de aplicación del convenio y que verdaderamente nos encontramos ante un traslado o retención ilícito y para ello dispone que podrán tener en cuenta la legislación, decisiones judiciales y/o administrativas de estado de residencia habitual (sin tener que recurrir a procedimientos para el reconocimiento de dichas resoluciones o comprobación de la vigencia de la legislación) o bien podrán solicitar al demandante que obtenga certificación de la autoridad central del estado de residencia (antes de proceder a la restitución) que certifique que dicho traslado o retención fue ilícito. En el Art. 16 CH80 se establece que informadas las autoridades de un estado parte de un traslado o retención ilícito no podrán conocer de la cuestión del fondo de la custodia del menor hasta que se haya determinado si el menor tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el convenio. Es más el Art. 17 CH80 dice que el hecho de que se haya dictado una resolución sobre la custodia del menor o que haya una resolución sobre la custodia del menor que pueda ser reconocida en el estado requerido no es motivo para denegar la restitución. El Art. 18 CH80 dice que en ningún caso lo dispuesto en este capítulo limita las facultades de las autoridades de un estado miembro para ordenar la restitución del menor en cualquier momento. Y finalmente el Art. 19 CH80 dice algo obvio y es que la decisión de restitución adoptada en virtud del presente convenio no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia, lógico pues no se está juzgando el fondo del derecho de custodia.

Expuesto el procedimiento de restitución del menor conviene hacer una breve referencia a los aspectos procesales de la legislación española para la restitución de menores a países extranjeros, esta se encuentra regulada en los Art. 1901 a 1909 LEC 1881, fueron redactados conforme a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, sobre este régimen hay que destacar lo siguiente: la

competencia para conocer de estos procedimientos corresponde al juez de primera instancia del lugar a donde el menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente, la legitimación activa para iniciar el procedimiento corresponde a quien tenga atribuida la custodia del menor o a la autoridad central española, este es un procedimiento que se desarrollará con la intervención del ministerio fiscal, y los interesados podrán acudir con abogado, dicho procedimiento tendrá tramitación preferente y deberá el juez resolver en un plazo de 6 semanas desde que se solicitó la restitución del menor mediante auto, que en caso de autorizar la restitución esta se realizará inmediatamente (aunque cabe recurso de apelación, quizás no tenga mucho sentido si el menor ya ha sido devuelto, aunque la STC 120/2002 establece que deberá resolverse dicho recurso) y en caso de denegar la restitución cabe recurso de apelación que debe resolverse en un plazo de 20 días.

A continuación en el capítulo IV, en el Art. 21 CH80 se regula el derecho de visitas, pero lo cierto es que la regulación y protección de este derecho como ya expusimos al hablar del ámbito de aplicación es muy débil y realmente pese a que se establece que podrá presentarse ante las autoridades centrales de los estados contratantes una demanda que tenga por objeto la organización y garantía del ejercicio del derecho efectivo de visita en la misma forma que una demanda de restitución lo cierto es que este artículo tan solo obliga a los estados partes a establecer las medidas necesarias para eliminar en la medida de lo posible los obstáculos al ejercicio de este derecho, pero no establece un procedimiento para que se pueda realizar efectivamente este derecho.

En el capítulo V tenemos una serie de disposiciones generales en concreto de los Art. 22 a 30 CH80 se recogen una serie de cuestiones estrictamente procesales, que podemos resumir en las siguientes: En primer lugar haciendo referencia a las costas procesales o posibles gastos derivados del procedimiento se prohíbe exigir ningún tipo de fianza o caución para garantizar el pago de las costas de los procedimientos judiciales previstos en el convenio, se recoge también en lo relativo al asesoramiento jurídico que los nacionales de todos los estados partes de este convenio tendrán derecho a la asistencia judicial como si fueran nacionales y residiesen habitualmente en el país en que se sustancie el procedimiento, también se regla que la autoridad central de cada estado deberá sufragar sus propios gastos en la aplicación del convenio, estableciéndose que no se podrán exigir gastos derivados de la intervención de abogado o asesor en el procedimiento (aunque se permite que los estados realicen una reserva a esta cuestión). En segundo lugar haciendo referencia a la forma de presentación de la demanda o solicitud no se exigirá que el documento vaya legalizado, la solicitud se ha de presentar en el idioma de la autoridad central a la que va dirigido o en inglés o francés (a esto puede oponerse la autoridad central), también se recoge que si en la presentación de la solicitud no se cumplen los requisitos del convenio la autoridad central no está obligada a atenderla, aunque deberá comunicar este hecho al solicitante, así mismo la autoridad central requerida podrá exigir que la solicitud se presente acompañada de una autorización que confiera poderes a la autoridad central para actuar por cuenta del solicitante o designar un representante. Se recoge también que la existencia de este convenio no hace obligatorio pasar por una autoridad central, sino que es posible exigir directamente ante los tribunales la acción de restitución del menor y finalmente recoge también que toda demanda presentada a las autoridades centrales que cumpla los requisitos del presente convenio será admisible ante los tribunales de los estados contratantes en los mismos términos.

En los Art. 31 a 33 CH80 se recogen algunas previsiones cuando nos encontremos ante estados que en materia de custodia tengan dos o más sistemas de derecho aplicable, el Art. 31 CH80 se refiere a los sistemas pluri-legislativos de base territorial estableciendo que toda referencia a la residencia habitual se entenderá hecha directamente a una unidad territorial (remisión directa), y que toda referencia a la ley del estado de residencia habitual se entenderá hecha a la unidad territorial de ese estado donde resida habitualmente el menor (remisión directa). El Art. 32 CH80 hace referencia a sistemas pluri-legislativos de base personal y establece una remisión indirecta diciendo que toda referencia a la ley aplicable del estado de ese estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho estado el Art. 33 CH80 dice *“Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de Derecho.”*.

Finalmente para terminar el capítulo nos encontramos con los Art. 34 a 36 CH80 a los que ya hemos referencia al hablar de la concurrencia de convenios y del ámbito de aplicación del convenio.

Para terminar el análisis del convenio nos quedaría por examinar el capítulo VI, titulado *“de las cláusulas finales”*, sobre el que pasaremos muy por encima puesto que regula cuestiones quizás más de Derecho Internacional Público pues regula cuestiones relativas, a la firma, ratificación, adhesión, reservas, depósito del convenio, y en lo que respecta las cuestiones que afectan al ámbito del Derecho Internacional Privado, es decir aquellas que afectan a la aplicabilidad y entrada en vigor del convenio ya hemos hecho referencia a ellas en el análisis del ámbito de aplicación del convenio.

Correctamente tratado

3. CONVENIO DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

Introducción:

El art. 51 señala que en las relaciones entre los Estados contratantes, el CH de 1996 sustituye el CH de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, si bien las medidas adoptadas anteriormente según el Convenio de 1961 conservarán su validez. El convenio de 1961, de poco éxito, sólo está en vigor para 13 Estados, tienes algunos inconvenientes que no tienen mayor importancia para nuestro trabajo como la oscuridad de sus normas de competencia, y por eso se hizo necesaria la realización del Convenio de 1996. A su vez este Convenio de 1961 fue el sucesor natural del Convenio de 1902 sobre tutela de menores que sacó a luz sus carencias a través del caso Boll, aun así, cabe destacar que en las relaciones europeas se siguen aplicando el primero con Italia, y el segundo con Bélgica, ambos han firmado el CH de 1996 con fecha 1 de abril de 2003, pero todavía no han procedido a su ratificación (no permitía a la UE adherirse como tal al mismo).

Estados miembros de los textos, y momento de adhesión:

Estados miembros de la organización

Estados	<u>F1</u>	<u>R/A/Su 2</u>	<u>Tipo 3</u>	<u>VIG 4</u>	<u>Ext 5</u>	<u>Aut 6</u>	<u>Res/D/N 7</u>
Albania		18-V-2006	<u>A**</u>	1-IV-2007		<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Alemania	1-IV-2003	17-IX-2010	R	1-I-2011		<u>2</u>	<u>D,Res</u>
Australia	1-IV-2003	29-IV-2003	R	1-VIII-2003		<u>2</u>	
Austria	1-IV-2003	22-XII-2010	R	1-IV-2011		<u>1</u>	<u>D</u>
Bélgica	1-IV-2003						<u>D</u>
Bulgaria		8-III-2006	A	1-II-2007		<u>1</u>	<u>D,N,Res</u>
Chipre	14-X-2003	21-VII-2010	R	1-XI-2010		<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Croacia	30-X-2008	4-IX-2009	R	1-I-2010		<u>2</u>	<u>D,Res</u>
Dinamarca	1-IV-2003	30-VI-2011	R	1-X-2011		<u>1</u>	<u>D</u>
Ecuador		5-XI-2002	<u>A**</u>	1-IX-2003		<u>1</u>	
Eslovaquia	1-VI-1999	21-IX-2001	R	1-I-2002		<u>3</u>	<u>D,Res</u>
Eslovenia	13-V-2004	11-X-2004	R	1-II-2005		<u>1</u>	<u>D</u>
España	1-IV-2003	6-IX-2010	R	1-I-2011		<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Estados Unidos de América	22-X-2010						
Estonia		6-VIII-2002	A	1-VI-2003		<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Finlandia	1-IV-2003	19-XI-2010	R	1-III-2011		<u>1</u>	<u>D</u>
Francia	1-IV-2003	15-X-2010	R	1-II-2011		<u>1</u>	<u>D</u>
Grecia	1-IV-2003	7-II-2012	R	1-VI-2012		<u>1</u>	<u>D</u>
Hungría	4-VII-2005	13-I-2006	R	1-V-2006		<u>1</u>	<u>D</u>
Irlanda	1-IV-2003	30-IX-2010	R	1-I-2011		<u>1</u>	<u>D</u>
Italia	1-IV-2003						<u>D</u>
Letonia	15-V-2002	12-XII-2002	R	1-IV-2003		<u>2</u>	<u>D,Res</u>
Lituania		29-X-2003	A	1-IX-2004		<u>3</u>	<u>D,Res</u>
Luxemburgo	1-IV-2003	5-VIII-2010	R	1-XII-2010		<u>1</u>	<u>D</u>
Malta		24-II-2011	A	1-I-2012		<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Marruecos	19-X-1996	22-VIII-2002	R	1-XII-2002		<u>1</u>	
Mónaco	14-V-1997	14-V-1997	R	1-I-2002		<u>1</u>	

Montenegro		14-II-2012	A	1-I-2013		<u>2</u>	<u>D</u>
Países Bajos	1-IX-1997	<u>31-I-2011</u>	R	1-V-2011	<u>2</u>	<u>1</u>	<u>D</u>
Polonia	22-XI-2000	27-VII-2010	R	1-XI-2010		<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Portugal	1-IV-2003	14-IV-2011	R	1-VIII-2011		<u>1</u>	<u>D</u>
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	1-IV-2003	27-VII-2012	R	1-XI-2012	<u>1</u>	<u>1</u>	<u>D,Res</u>
República Checa	4-III-1999	13-III-2000	R	1-I-2002		<u>2</u>	<u>D,N</u>
Rumania	15-XI-2006	8-IX-2010	R	1-I-2011		<u>3</u>	<u>D,Res</u>
Rusia, Federación de		20-VIII-2012	A	1-VI-2013			<u>D,Res</u>
Suecia	1-IV-2003	26-IX-2012	R	1-I-2013		<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Suiza	1-IV-2003	27-III-2009	R	1-VII-2009		<u>1</u>	<u>Res</u>
Ucrania		3-IV-2007	<u>A**</u>	1-II-2008		<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Uruguay	17-XI-2009	17-XI-2009	R	1-III-2010		<u>1</u>	

Estados no miembros de la organización

Estados	<u>F1</u>	<u>R/A/Su 2</u>	<u>Tipo 3</u>	<u>VIG 4</u>	<u>Ext 5</u>	<u>Aut 6</u>	<u>Res/D/N 7</u>
Armenia		1-III-2007	<u>A**</u>	1-V-2008		<u>1</u>	<u>D,Res</u>
Lesotho		18-VI-2012	A	1-VI-2013		<u>1</u>	
República Dominicana		14-XII-2009	<u>A**</u>	1-X-2010		<u>1</u>	

1) F = Firma

2) R/A/Su = Ratificación, Adhesión o Sucesión

3) Tipo = R: Ratificación;

A: Adhesión;

A*: Adhesión sometida al procedimiento de aceptación; haga clic en A* para más detalles sobre las aceptaciones de la adhesión;

C: Continuación;

Su: Sucesión;

Den: Denuncia;

4) VIG = Entrada en vigor

5) Ext = Extensiones de la aplicación

6) Aut = Designación de Autoridades

7) Res/D/N = Reservas, declaraciones o notificaciones

*Fuente: <http://www.hcch.net>

Objetivos del convenio:

El propio preámbulo ya recoge que el Convenio está destinado a mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional, así como que pretende evitar que las medidas adoptadas para la protección de los niños se vean enfrascadas en conflictos entre los diversos sistemas jurídicos.

El mismo preámbulo contiene diversas declaraciones de principios que marcan al propio convenio como la importancia de la cooperación internacional para la protección de los niños y la confirmación de la consideración primordial que merece el interés superior del niño.

Ya específicamente el art. 1.1 recoge como objeto:

- determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño;
- determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia;
- determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental;
- asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes;
- establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.

Ámbitos de aplicación de los textos:

- Los ámbitos material y personal se recogen en los arts. 1 a 4:
 - el art. 1.2 define qué ha de entenderse por responsabilidad parental,
 - el art. 2 da un concepto de niño desde el nacimiento hasta la edad de 18 años,
 - el art. 3 señala que las medidas objeto del convenio pueden referirse en particular a las siguientes materias: responsabilidad parental; guarda y visita; tutela, curatela y otras instituciones análogas; representación y asistencia del niño; acogimiento, kafala, y análogas; supervisión de la persona menor; y supervisión de sus bienes.
 - El art. 4 señala las exclusiones: filiación; adopción; nombre y apellidos; emancipación; alimentos; trust y sucesiones; seguridad social; medidas públicas de educación y salud; medidas adoptadas por infracciones penales de los niños; y derecho de asilo e inmigración.
- El ámbito temporal: art. 61, para España en vigor desde el 1 de enero de 2011; asimismo el art. 53 señala que se aplicará tan sólo a las medidas adoptadas en un Estado después de la entrada en vigor para dicho Estado. El Convenio se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de las medidas adoptadas después de su entrada en vigor en las relaciones entre el Estado en que se han adoptado las medidas y el Estado requerido.
- Ámbito espacial:
 - En las cuestiones relativas al Derecho aplicable, su aplicación es universal (art. 20).
 - En relación con la competencia judicial internacional es aplicable para los Estados parte en virtud del Capítulo II (cabe señalar la reserva formulada por España: *De conformidad con las disposiciones del artículo 55: En virtud de lo dispuesto en los artículos 60 y 55.1 a) y b) del Convenio, España se reserva la competencia de sus autoridades para*

tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio, así como el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o medida si fuera incompatible con una medida adoptada por sus autoridades competentes en relación a tales bienes.).

- Para el reconocimiento y cooperación será de aplicación entre Estados parte (Reserva formulada por España: *Los artículos 23, 26 y 52 del Convenio permiten a las Partes cierto grado de flexibilidad con objeto de aplicar un procedimiento simple y rápido para el reconocimiento y ejecución de las sentencias. Las normas comunitarias prevén un sistema de reconocimiento y ejecución que es, al menos, igual de favorable que las normas establecidas en el Convenio. Por consiguiente, España reconocerá y aplicará una sentencia dictada en un Estado miembro de la Unión Europea, en relación con una cuestión relativa al Convenio mediante la aplicación de las normas internas pertinentes del derecho comunitario.*).

Competencia judicial internacional:

Este convenio regula qué autoridades serán competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño (art. 1.a), para ello regula diversos foros de competencia judicial internacional (arts. 5 a 12), así como dos normas de aplicación de los mismos (arts. 13 y 14), los foros son los siguientes:

- Regla general, art. 5, son competentes para adoptar las medidas pertinentes en relación a la persona y bienes del niño las autoridades bien sean judiciales, o bien administrativas, del Estado contratante donde el menor de 18 años tenga su residencia habitual.
 - El art. 6 contiene una matización a la regla general para niños refugiados y desplazados internacionalmente por conflictos en sus países respectivos.
- Existen dos excepciones a los artículos anteriores en los arts. 8 y 9 que regulan un *forum non conveniens* y la competencia de un foro apropiado respectivamente.
- En los arts. 7 y 10 se recogen otras dos excepciones para situaciones específicas: en el primer caso cuando hay niños objeto de un desplazamiento o retención ilícitas (del que haremos un examen más pormenorizado a continuación), en el segundo caso pueden llegar a tener competencia los tribunales del Estado contratante que están decidiendo sobre un procedimiento de divorcio, separación judicial, o nulidad matrimonial de los padres del niño.
- Asimismo se dan dos reglas especiales en los arts. 11 y 12, en el primero se otorga competencia en caso de urgencia en favor de las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan, en el segundo se otorga una competencia provisional y con una eficacia territorial restringida a las autoridades del Estado contratante donde se encuentre el niño o sus bienes, en este último caso, es especialmente relevante para nuestro trabajo que se da sin perjuicio del art. 7.
- Finalmente y en virtud del art. 55.1, como ya hemos, España ha formulado reserva que declara la competencia de las autoridades españolas para conocer de las medidas de protección de los bienes de un niño situados en territorio español; así como el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o medida si fuera incompatible con una medida adoptada por sus autoridades competentes en relación a tales bienes.

Competencia en los casos de sustracción internacional de menores:

Desglosando ahora en concreto el art. 7, podemos comenzar señalando que en relación al tema que nos ocupa contiene. El art. 7 contiene una norma general y una excepción en su apartado primero, esto es, cuando se ha producido un caso de secuestro internacional de menores conservarán la competencia para las medidas destinadas a la protección de la persona y los bienes del niño las autoridades del Estado contratante donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o retención ilícitos; en tanto el niño no adquiera la residencia habitual en otro Estado y además concorra uno de los dos requisitos siguientes:

- toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención (en este caso la aquiescencia y la adquisición de una nueva residencia habitual es lo que permite el cambio de competencia); o
- el niño resida en este otro Estado por un periodo de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio.

Con ello se pretende negar cualquier beneficio jurisdiccional a la parte sustractora, con el ánimo de evitar el forum shopping en relación a las materias del convenio a través de la sustracción internacional de menores, y así, por ejemplo, los padres no tengan más incentivo que la regla del art. 5 para definir las medidas de guarda, visita, y lugar de residencia dentro del Estado contratante (art. 3.b).

El apartado segundo define cuándo el desplazamiento, o la retención del niño, se considera ilícito, además cabe señalar que se da una identidad con la definición del CH de 1980 lo cual abre una importante ayuda a la hora de interpretar y aplicar este convenio de 1996 respecto de los casos ya resueltos en virtud del instrumento de 1980 en relación con este desplazamiento y retención ilícitos.

2. El desplazamiento o la retención del niño se considera ilícito:

a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de guarda, atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención; y

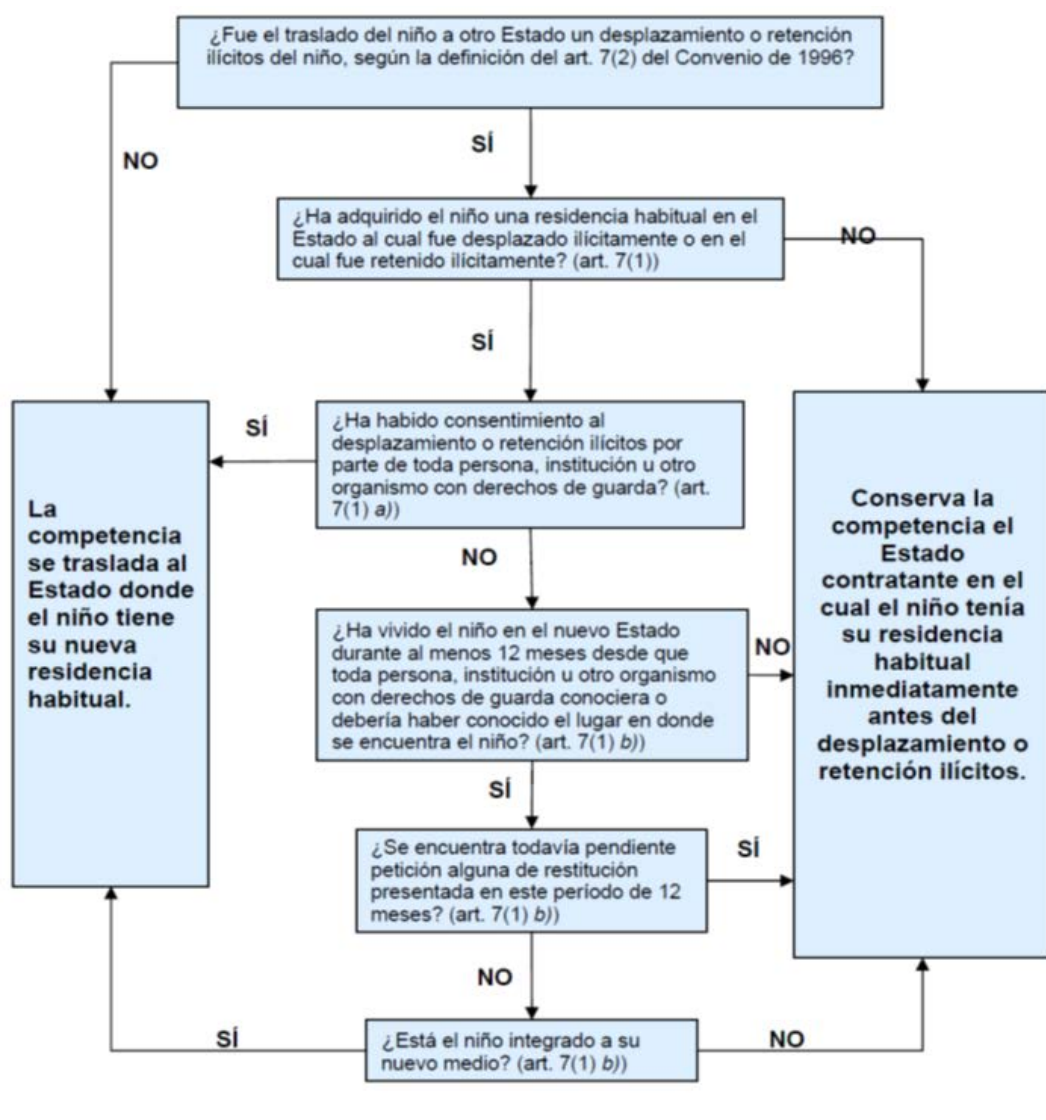
b) este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del desplazamiento o de la retención, o lo hubiera sido si no se hubieran producido tales acontecimientos.

El derecho de guarda a que se refiere la letra a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

El art. 7.3 contiene la otra excepción a la regla general de competencia de las autoridades donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes a su desplazamiento, mientras estas autoridades de origen conserven su competencia, las autoridades del Estado contratante donde el niño ha sido desplazado, o donde se encuentra retenido, ilícitamente, sólo podrán tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el art. 11, pero en ningún caso podrán llevar a cabo medidas provisionales en virtud del art. 12.

La situación que recoge el art. 11 es la siguiente, en caso de urgencia, las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren bienes del niño, o el propio niño (aunque haya sido desplazado ilícitamente), son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias. Si bien estas medidas, para el caso que nos ocupa, dejarán de tener efecto cuando las autoridades competentes en virtud del art. 7 adopten las medidas exigidas por la situación. Cabe señalar no obstante cuándo existe situación de urgencia en este sentido: “cuando la situación, si no se le ha puesto remedio por la vía normal prevista en los arts. 5 a 10 CH 1996, podría entrañar un perjuicio irreparable al niño”, asimismo el concepto debe ser objeto de una interpretación restrictiva (Informe explicativo LAGARDE).

Por su parte el art. 12, aunque no nos interesa para nuestro propósito, proporciona una competencia provisional y restringida territorialmente al Estado donde se encuentre en un momento determinado el niño o sus bienes, sin ser necesaria la situación de urgencia, pero útil en desplazamientos temporales por estudios, vacaciones, familias de acogida.



*Fuente: Proyecto revisado de manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio

Reconocimiento y ejecución:

Este aspecto se regula en los arts. 23 a 28 del CH de 1996, hay que recordar el art. 61.b) R 2201/03 que da prevalencia al Reglamento en el caso de que se pretenda el reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución proveniente del órgano competente de otro Estado miembro, y esto independientemente de que el menor tenga su residencia habitual en un Estado no miembro parte del CH de 1996.

En los arts. 25 y 27, se regulan normas para el efectivo reconocimiento y ejecución, esto es, el art. 25 señala la vinculación del Estado requerido a las constataciones de hecho que la autoridad requirente ha dado por válidas para fundamentar su competencia, sirva para nuestro trabajo por ejemplo, si en virtud de estos hechos ha determinado la residencia habitual del niño; el art. 27 reconoce la necesaria revisión del tribunal requerido para la correcta aplicación de las disposiciones este capítulo, sin embargo no podrá valorar el fondo de la medida adoptada.

Este capítulo IV sólo afecta a las relaciones entre Estados contratantes del presente convenio y además el art. 23.1 señala que el reconocimiento entre estos Estados se producirá de pleno derecho, no obstante el art. 23.2 recoge el catálogo de cuestiones que se pueden alegar por el Estado requerido para no reconocer la resolución que contenga la medida de que se trate, es decir, no se trata de un reconocimiento plano, si bien las excepciones que se pueden oponer no son en principio relevantes para nuestro trabajo cabe destacar que siendo Marruecos parte del Convenio y en el caso de adherirse Estados de rancia tradición islámica, el art. 23.d contiene la posibilidad de negar el reconocimiento o ejecución de medidas que contravenga el orden público cuando lo hagan de manera manifiestamente contraria, así cabe pensar en la posibilidad de que las autoridades requirentes en su competencia para adoptar medidas de protección del niño ordenen su restitución al primogénito del país de origen, pues bien, dicho Estado islámico podría alegar el no reconocimiento si no fuera a ser educado en la ley islámica, aunque se pretenda señalar el interés superior del niño esa definición está indeterminada.

En el art. 23 se recoge el reconocimiento de tipo incidental, no será necesario por tanto instar el procedimiento específico de reconocimiento, pero podría haber dudas respecto de si tal medida de protección será reconocida de pleno derecho, es decir, sólo al invocar la medida podremos conocer la pertinencia o no de algún motivo de no reconocimiento, por ello el art. 24 recoge el procedimiento de reconocimiento por homologación, a través del cual toda persona interesada puede instar a las autoridades competentes del Estado contratante requerido que decidan acerca o no del reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante, para disipar cualquier duda que pudiera existir en relación con dicho reconocimiento.

En relación a la ejecución de las medidas de protección adoptadas por un Estado contratante en territorio de otro Estado contratante los arts. 26 y 28 recogen su regulación, en este sentido las mismas excepciones que para el reconocimiento (23.2) caben alegarse para denegar la declaración de exequátur o el registro, para llevar a cabo actos de ejecución en otro Estado contratante esas medidas serán declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en el Estado cuya autoridad no las adoptó, pero donde se han de llevar a cabo, para ello seguirá el procedimiento previsto conforme a su

ley interna (en España, arts. 954 a 958 LEC 1881), si bien ese procedimiento deberá ser simple y rápido.

El art. 28 señala “Las medidas adoptadas en un Estado contratante, declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en otro Estado contratante, se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado. La ejecución se realizará conforme a la ley del Estado requerido en la medida prevista por dicha ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño.”

A través de estos artículos se pretende que las medidas de protección adoptadas en virtud del presente Convenio sean respetadas en el Estado contratante pertinente, para lo cual lógicamente puede ser necesario iniciar procedimientos de ejecución.

Cabe señalar, en este apartado un caso específico para nuestro tema, y es que las medidas de protección adoptadas en virtud del art. 11 tienen también derecho al reconocimiento y ejecución, así por ejemplo si el Estado donde ha sido trasladado ilícitamente el niño pretende restituir al menor al Estado de su residencia habitual en virtud del CH de 1980 y se ha alegado por parte del progenitor secuestrante la situación contenida en el art. 13.b CH 1980, el tribunal del Estado donde se encuentra físicamente el niño puede ordenar la restitución del menor bajo la condición de que se fijen determinadas medidas para garantizar la restitución segura, así como la protección del niño en el Estado de su residencia habitual, hasta que las autoridades de este último Estado puedan actuar para proteger al menor de 18 años, esto es posible gracias al art. 11 CH 1996 y además esas medidas deberán ser reconocidas de pleno derecho y ejecutorias en el Estado donde se deba restituir al niño.

Cooperación internacional:

Capítulo V del Convenio basado en el sistema de autoridades centrales, así el art. 29.1 recoge que los Estados contratantes designarán su correspondiente autoridad para cumplir con las obligaciones que el Convenio le impone, con una posibilidad para los Estados plurilegislativos u organizados a través de unidades territoriales autónomas, de operar con varias autoridades centrales. Debido a la vinculación de los instrumentos realizados en la Conferencia de La Haya de 1980 y 1996 en el asunto que exponemos, cabe señalar a este respecto la conveniencia de que las autoridades centrales que regulan sendos convenios fueran la misma con la finalidad de facilitar la ejecución de ambos, así como para poder desarrollar la experiencia adquirida desde el Convenio anterior en beneficio del Convenio posterior.

Entre las autoridades centrales de los Estados parte debe darse una cooperación efectiva, asimismo deberán promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para alcanzar los objetivos del Convenio; estas autoridades tomarán las medidas necesarias para facilitar información sobre su legislación y servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño (art. 30).

El art. 31 establece más obligaciones específicas a las autoridades centrales y autoridades públicas internas de cada Estado (éstas últimas si fuera necesario en apoyo de su autoridad central), cabe destacar la situación que recoge el apartado c) “*ayudar, a petición de una autoridad competente de otro Estado contratante, a localizar al niño cuando parezca que éste se encuentra en el territorio del Estado requerido y necesita protección.*”

También se regulan en este capítulo situaciones de cooperación entre autoridades, no limitadas a la Autoridad central, sin perjuicio del art. 34.2 que señala que cualquier contratante puede declarar que las solicitudes previstas en el 34.1 sólo puedan realizarse a través de su Autoridad central, dichas situaciones específicas de cooperación, brevemente, son las siguientes:

- Art. 32: mediante petición motivada de la autoridad, ya sea central u otra competente que tenga un vínculo estrecho con el niño, se podrá emitir solicitud a otro Estado contratante, donde el niño tenga su residencia habitual y se encuentre, para proporcionar un informe sobre la situación del niño, o para adoptar medidas de protección con respecto a un niño.
- Art. 34: toda autoridad competente en virtud del convenio podrá llevar a cabo la solicitud de informaciones útiles para la protección del niño cuando se prevé la adopción de medidas de protección, si la situación del niño lo exige (teniendo en cuenta la previsión ya señala del art. 34.2). En este caso se deben tener en cuenta las normas recogidas en el art. 41 y 42 destinadas a proteger el buen uso y confidencialidad de la información, asimismo estamos ante una facultad discrecional del Estado requerido que no está obligada a proporcionarla, además de la obligación que dispone el art. 37 de no poner en riesgo la persona o bienes del niño, o la integridad de un miembro de su familia, a través de las informaciones.
- Art. 35: solicitud de asistencia para la puesta en práctica de medidas de protección en el extranjero, esta disposición se aplica de manera explícita para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita y para mantener contactos directos regulares (en consonancia con el art. 21 CH 1980 y 10 de la Convención de Derechos del Niño). Así mismo se recoge la regulación para la solicitud o suministro de asistencia en casos de contacto o visitas internacionales.

Además se señalan específicamente dos situaciones en las que es obligatorio que las autoridades cooperen, obligaciones que recaen sobre las autoridades particulares que deseen adoptar o hayan adoptado una medida de protección en base al Convenio:

- Art. 33: cuando una autoridad competente prevea la colocación de un niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por kafala o institución análoga, y esta colocación se vaya a producir en el exterior, y siempre que sea un Estado contratante, la autoridad que considere la colocación consultará a la Autoridad central o la que sea competente del otro Estado, para ello deberá transmitir un informe sobre el niño y los motivos de su proposición. El Estado requirente sólo podrá finalmente adoptar la decisión con la aprobación del Estado requerido a través de la autoridad pertinente.
- Art. 36: *“En caso de que el niño esté expuesto a un grave peligro, las autoridades competentes del Estado contratante en el que se hayan adoptado o estén en vías de adoptarse medidas de protección de este niño, avisarán, si son informadas del cambio de residencia o de la presencia del niño en otro Estado, a las autoridades de este Estado acerca del peligro y de las medidas adoptadas o en curso de examen.”* En este caso la obligación se produce aun cuando el cambio de residencia o la presencia del niño se da a un Estado no contratante.

El art. 38, en relación con los gastos derivados de la aplicación de las normas del capítulo V recoge que *“1. Sin perjuicio de la posibilidad de reclamar los gastos razonables correspondientes a los servicios prestados, las Autoridades Centrales y las*

demás autoridades públicas de los Estados contratantes soportarán sus gastos derivados de la aplicación de las disposiciones del presente Capítulo. [] 2. Todo Estado contratante puede concluir acuerdos con otro o varios Estados contratantes sobre el reparto de gastos.”

Y el art. 39, la posibilidad entre los Estados parte de mejorar la cooperación a través de acuerdos en sus relaciones recíprocas.

Cabe destacar ya en el ámbito que nos interesa la virtualidad del art. 34 en caso de denegación de una orden de restitución a través del CH de 1980, así podemos imaginar la situación en la que un progenitor que pretende la restitución de su hijo a su Estado de residencia habitual que ha sido denegada por el art. 13.2 CH de 1980, ese padre podrá realizar una petición ante los tribunales del Estado de la aún residencia habitual del niño para su restitución, dichas autoridades podrán solicitar la información que llevó a las autoridades del Estado donde se encuentra el menor a denegar su traslado, pudiendo de este modo revisar el caso y en caso de concluir que no existe riesgo para la restitución emitir una orden para ello, orden que deberá ser reconocida de pleno derecho en el Estado donde está físicamente el niño si no hay fundamentos para su exclusión a través del art. 23.2, y llegado el caso proceder a la ejecución a través de los arts. 26 y 28,

Conclusión:

Ya en el capítulo VI de disposiciones generales, si bien hemos venido relacionando ambos instrumentos en toda la exposición, lo más destacable es el art. 50 establece una interacción específica entre este instrumento y el CH de 1980: el Convenio de 1980 seguirá aplicándose entre los Estados contratantes del CH de 1996 que también sean partes en el CH de 1980, de algún modo reconoce el valor específico del Convenio de 1980 para combatir la sustracción de menores *“El presente Convenio no afecta al Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios (...)”*, pero al mismo tiempo se erige en un mecanismo subsidiario o complementario del mismo: *“(...) Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita.”*, en el primer caso podría llegar a haber Estados (si es que llegaran a formar parte del CH de 1996 y no del CH de 1980, es decir, el CH de 1980 sólo se aplica entre dos Estados contratantes y entre los que el Convenio haya entrado en vigor, art. 38 CH 1980, se ha de aceptar la adhesión), o casos donde no es posible aplicar el CH de 1980 (menor de 18, pero mayor de 16), en tales situaciones el texto que estamos analizando podría llegar a ser una fuente independiente para combatir el secuestro internacional de niños; en el segundo caso parece tener la voluntad de que algunas de sus normas sirvan como refuerzo a la aplicación del CH de 1980.

Asimismo se regulan disposiciones en relación con el idioma de las comunicaciones (art. 54), reservas (art. 55), y su relación con otros instrumentos, además de los ya señalados CH 1980 (art. 50) y CH de 1961 (art. 51), en su art. 52.

Además contiene un capítulo de cláusulas finales (arts. 57 a 62) relativas a los requisitos procedimentales de puesta en marcha del instrumento y fechas de entrada en vigor.

Finalmente cabe a modo de recopilación, las formas en las que el Convenio de 1996 puede ser de utilidad en casos de desplazamiento o retención ilícitos cuando no se aplique el Convenio de La Haya de 1980:

- Las disposiciones de competencia recogidas en el art. 7.
- También las de cooperación, que garantizan para los padres dentro de los Estados parte un catálogo de servicios de asistencia en caso de secuestro internacional del niño, así cabe destacar las obligaciones de la Autoridad central (e indirectamente de las autoridades concretas en cada caso competentes) de proveer asistencia para descubrir la ubicación del niño, y facilitar la ejecución de las medidas acordadas en protección de la persona del niño.
- Así como la regulación en materia de reconocimiento y ejecución que combinadas con las normas de competencia, pueden en algunos casos garantizar la restitución del niño al Estado parte de su residencia habitual, sirva de ejemplo: el progenitor con una orden ejecutiva relativa a la guarda o entrega del niño proveniente del Estado de residencia habitual del menor de 18 años, puede hacer llegar dicha orden para su reconocimiento y ejecución en el Estado contratante donde se encuentra ilícitamente el niño, toda vez que dicha orden haya sido declarada ejecutoria o registrada a los fines de ejecución, deberá llevarse a cabo por el Estado donde se encuentra el niño como si hubiese sido expedida por una autoridad de dicho Estado (sin perjuicio del art. 23.2).

Correctamente tratado

4. CONVENIO EUROPEO RELATIVO AL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE DECISIONES EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENORES, ASÍ COMO AL RESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA, HECHO EN LUXEMBURGO EL 20 DE MAYO DE 1980.

Introducción

El Convenio de Luxemburgo utiliza como mecanismo fundamental el instrumento del exequátur para aquellos casos en los que se ha producido el traslado de un menor a un estado diferente dando con ello lugar a la infracción de una sentencia que establece la persona que ostenta el derecho de visita o de custodia. Las personas que según esa sentencia la ostentan podrán realizar en el país donde se encuentra el menor la petición de exequátur de dicha sentencia. Una vez establecido el exequátur se ejecutará la sentencia en el país en el que se encuentre el menor y por tanto se decretará el retorno del menor.

Objetivos

En atención a lo expuesto en el propio convenio entre los objetivos a los que se dirige podemos destacar los siguientes:

- Instituir de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a la custodia de menores con el fin de asegurar una mejor

protección de estos.

- Introducir las disposiciones apropiadas, que permitan restablecer la custodia de menores cuando haya sido arbitrariamente interrumpida.

Los estados parte:

Los estados parte en este convenio son los que aparecen detallados en el siguiente cuadro

País	Firma	Ratificación	Entrada en vigor
Albania			
Andorra	14/04/2008	23/03/2011	01/07/2011
Austria	20/05/1980	12/04/1985	01/08/1985
Bélgica	20/05/1980	01/10/1985	01/02/1986
Bulgaria	18/09/2002	05/06/2003	01/10/2003
Chipre	20/05/1980	13/06/1986	01/10/1986
Republica Checa	16/04/1999	22/03/2000	01/07/2000
Dinamarca	11/04/1991	11/04/1991	01/08/1991
Estonia	09/06/2000	17/05/2001	01/09/2001
Finlandia	28/04/1994	28/04/1994	01/08/1994
Francia	20/05/1980	04/08/1982	01/09/1983
Alemania	20/05/1980	05/10/1990	01/02/1991
Grecia	20/05/1980	08/03/1993	01/07/1993
Hungría	14/11/2002	04/02/2004	01/06/2004
Islandia	22/07/1996	22/07/1996	01/11/1996
Irlanda	20/05/1980	28/06/1991	01/10/1991
Italia	20/05/1980	27/02/1995	01/06/1995
Letonia	22/10/1999	15/04/2002	01/08/2002
Liechtenstien	20/05/1980	17/04/1997	01/08/1997
Lituania	05/09/2002	24/01/2003	01/05/2003
Luxemburgo	20/05/1980	25/05/1983	01/09/1983
Malta	24/11/1994	18/10/1999	01/02/2000
Moldavia	04/05/1998	14/01/2004	01/05/2004
Montenegro	18/01/2002	06/06/2006	
Países Bajos	20/05/1980	23/05/1990	01/09/1990
Noruega	17/01/1989	17/01/1989	01/05/1989
Polonia	08/06/1995	13/11/1995	01/03/1996
Portugal	20/05/1980	18/03/1983	01/09/1983
Rumania	12/05/2004	12/05/2004	01/09/2004
Servia	18/01/2002	01/05/2002	
Eslovaquia	02/03/2000	07/05/2001	01/09/2001
España	20/05/1980	30/05/1984	01/09/1984
Suecia	28/03/1989	28/03/1989	01/07/1989
Suiza	20/05/1980	27/09/1983	01/01/1984
Macedonia	03/04/2001	29/11/2002	01/03/2003
Turquía	20/10/1997	08/02/2000	01/06/2000
Ucrania	24/01/2006	30/07/2008	01/11/2008
Reino Unido	20/05/1980	21/04/1986	01/08/1986

Sector regulado por el Convenio:

Regula un único sector del derecho internacional privado, el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia.

Ámbitos de aplicación del convenio:

Ámbito de aplicación territorial se va aplicar el convenio cuando el menor haya sido traslado de un estado parte en el convenio a otro estado parte en el convenio.

Ámbito de aplicación material: debemos estar ante el un traslado ilícito de un menor de 16 años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según ley de su residencia habitual o de su nacionalidad, o según la legislación interna del estado requerido.

Ámbito de aplicación temporal: el convenio ha de estar en vigor tanto para el estado requerido como para el estado requirente, en concreto para España está en vigor desde el 1/09/1984

El convenio establece para la realización de sus objetivos autoridades centrales en cada uno de los estados miembros. Así lo establece el artículo número 2. *Cada uno de los Estados contratantes designará a una autoridad central que ejercerá las funciones previstas en el presente Convenio.*

Cualquier designación, efectuada en cumplimiento del presente artículo se notificará al Secretario General del Consejo de Europa. En España la autoridad central es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional dependiente del Ministerio de Justicia.

Los aspectos de los que debe ocuparse la autoridad central de cada estado miembro aparecen regulados en el artículo 3. Estos aspectos son:

- Cooperar entre sí y promover la cooperación y la coordinación entre las autoridades competentes de los países respectivos.
- Actuar con el objetivo de facilitar la ejecución del presente convenio.
- Asegurar la remisión de las peticiones de información procedentes de las autoridades competentes y relativas a cuestiones de derecho o de hecho relativas a procedimientos pendientes.
- Comunicar recíprocamente, previa petición al respecto, la información relativa a su legislación en materia de custodia de menores y a la evolución de la misma.

El que pretende obtener el exequátur se dirigirá a la autoridad central de cualquiera de los estados parte mediante solicitud.

La solicitud irá acompañada de los documentos mencionados en el artículo 13 del convenio, es decir debe acompañarse de:

- Un documento por el que se habilite a la autoridad del estado requerido para actuar en nombre del requirente o para designar a tal efecto otro representante.

- Un testimonio de la resolución, que reúna las condiciones necesarias para su autenticidad.
- Cuando se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, de cualquier documento por el que pueda acreditarse que el documento con el que se entabló el procedimiento u otro equivalente, se comunicó o notificó en debida forma al demandado.
- Si el caso lo requiere, de cualquier otro documento por el que pueda establecerse que, según la ley del Estado de origen, la resolución es ejecutoria
- Si fuera posible, de un escrito en el que se indique el lugar en el que pudiera hallarse el menor en el Estado requerido.
- De propuestas relativas a las modalidades de restablecimiento de la custodia del menor.

Los documentos arriba mencionados se acompañarán, en su caso, de una traducción, con arreglo a las normas del artículo sexto.

El artículo 4 del convenio establece como debe llevarse a cabo la solicitud, así establece que en el caso de que la solicitud se dirija a una autoridad central distinta de la autoridad central del estado requerido remitirá sin demora a esta última los documentos.

En el artículo 5 del convenio se establece la actuación de la autoridad central del estado requerido una vez recibida la solicitud .Así, establece el deber de asegurar el reconocimiento o la ejecución de la resolución ,asegurar la entrega del menor al demandante cuando se haya autorizado la ejecución de la resolución.

En el título segundo del convenio se establece como se ha de llevar a cabo el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y restablecimiento de la custodia de los menores.

No será necesario acudir al reconocimiento o exequátur de la resolución en los casos recogidos en el artículo 8 del convenio sino que la autoridad central del estado requerido dispondrá que se proceda inmediatamente a la restitución del menor .Los casos son los siguientes:

- a) Cuando en el momento de entablar el procedimiento en el Estado donde se dictó la resolución correspondiente o en la fecha del traslado sin derecho, si éste se produjo con anterioridad, el menor y sus padres no tengan más nacionalidad que la de dicho Estado y el menor tenga su residencia habitual en el territorio de dicho Estado.
- b) Se haya dirigido a una autoridad central una solicitud de restitución, dentro de un plazo de seis meses a partir del traslado sin derecho.

En el artículo 9 del Convenio se establece que en los demás casos no recogidos en el artículo 8 será necesario el exequátur y regula las causas de denegación del mismo cuando la petición dirigida a la autoridad central se haya presentado en el plazo de seis meses a partir del traslado.

- Infracción de los derechos de defensa por falta o defecto de notificación del documento por el que se incoa el procedimiento.
- Falta de competencia de la autoridad que dictó la resolución en casos en los que el demandado estuviere ausente en el proceso de origen o hubiera operado sin su representante legal.
- Existencia en el Estado de destino, de una decisión judicial sobre la custodia del menor incompatible con la decisión extranjera.

El artículo diez del convenio establece que en los demás casos no comprendidos ni en el artículo 8 ni en el nueve será necesario el reconocimiento o exequátur y podrá denegarse no sólo por las causas establecidas en el artículo nueve sino también por las reguladas en el artículo 10. Es decir, cuando la petición se dirija a la autoridad central fuera del plazo de los seis meses siguientes al traslado y no estemos ante los casos del artículo 8, los motivos para denegar el exequátur se amplían. Es lo que el profesor Carrascosa denomina exequátur reforzado. Las causas de denegación contempladas en el artículo 10 son las siguientes, además de las establecidas en el artículo 9:

- Incompatibilidad de los efectos de la resolución extranjera con los *principios fundamentales* del Derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el Estado requerido.
- Si se comprueba que, con motivo de modificaciones de las circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, pero no el mero cambio de residencia del menor, los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente, con el *interés del menor*.
- Si en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado de origen: el menor tuviera la nacionalidad del Estado requerido o su residencia habitual en dicho Estado, y no existiera ninguno de dichos vínculos con el Estado de origen, o el menor tuviera a la vez la nacionalidad del Estado de origen y la del Estado requerido y su residencia habitual en el Estado requerido.
- Si la resolución fuera incompatible con una resolución dictada, en el Estado requerido o en un tercer Estado, pero ejecutoria en el Estado requerido como consecuencia de un procedimiento entablado antes de presentarse la petición de reconocimiento o de ejecución y si la denegación concuerda con el interés del menor.

También establece este artículo que el procedimiento de ejecución o reconocimiento podrá suspenderse si la resolución de origen fuera objeto de recurso ordinario o si estuviera pendiente en el estado requerido algún procedimiento relativo a la custodia del menor incoado antes de entablarse el procedimiento en el estado de origen.

En cuanto al procedimiento a través del cual se debe llevar a cabo el reconocimiento y la ejecución debe ser un procedimiento simple y rápido, así lo establece el artículo 14 del convenio. En España la autoridad competente para llevar a cabo el exequátur son los juzgados de primera instancia del domicilio o residencia de la parte frente a la que se solicita el exequátur o del domicilio o residencia del menor.

Hay que señalar por último que en los casos previstos en el artículo 8 donde no es necesario acudir a la figura del exequátur, sino que la autoridad central del estado requerido procederá de inmediato a la restitución del menor y en el artículo 9 se establecen causas de denegación del exequátur cuando no nos encontramos en ninguno de los casos del artículo 8 y se haya presentado la correspondiente petición dentro del plazo de seis meses, el artículo 17 del convenio permite que los estados formulen reservas de que en los casos previstos en dichos artículos podrán denegar el reconocimiento y exequátur por los motivos regulados en el artículo 10 (exequátur reforzado) que se indiquen en la reserva.

En cuanto a la relación con otros convenios el presente convenio será compatible con otro instrumento internacional que vincule al estado de origen y al estado requerido. También será compatible con los compromisos que un estado contratante pudiera tener con otro estado no contratante y que regule la misma materia regulada en el presente convenio.

5. CONVENIO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y EL REINO DE MARRUECOS SOBRE ASISTENCIA JUDICIAL, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE DERECHO DE CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA Y DEVOLUCIÓN DE MENORES, HECHO EN MADRID EL 30 DE MAYO DE 1997

Introducción:

El Convenio bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, es el primer Convenio entre estos Estados en relación a esta materia. Para su elaboración tomaron como referencia el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 y en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

El Convenio fue celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos el 30 de Mayo de 1997. Aunque su entrada en vigor no se produjo hasta el 1 de Julio de 1999, el Convenio tuvo una aplicación provisional desde el día de la firma (30 de Mayo de 1997), según se establece en su art 22.

Los Estados establecen en el Preámbulo del Convenio el objetivo del mismo, “(...) *reforzar las relaciones de cooperación entre ambos Estados, con la finalidad de asegurar una mejor protección de los menores (...)*”.

Ámbitos de aplicación

Ámbito material se recoge en su art. 1.1 “1. *El presente convenio tiene por objeto:*

- a) Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes.*
- b) Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado.*
- c) Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados.”*

Ámbito temporal, art 22 “*El presente Convenio entrará en vigor, provisionalmente, a partir de la firma y, definitivamente, el primer día del segundo mes siguiente a la fecha de la última notificación, en que se hace constar el cumplimiento de las formalidades constitucionales requeridas en cada uno de los dos Estados.*” La

entrada en vigor se recoge en el “Boletín Oficial del Estado núm. 151, de 25 de junio, Ref. 1999/13963”.

Ámbito territorial estamos ante un Convenio bilateral entre dos Estados por tanto serán los Estados firmantes, el Reino de Marruecos y el Reino de España.

Ámbito personal art 2 “*El Convenio se aplicará a todo menor de dieciséis años, no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados*”.

Definición de menor:

Pasando a un análisis más detallado del Convenio, en primer lugar cabe destacar el ámbito de aplicación personal ya que contiene al mismo tiempo una definición de menor para el propio Convenio. Art 2 recoge quienes son los sujetos considerados como menores, establece tres características:

- Ha de tener una edad menor a dieciséis años.
- No estar emancipado.
- Y detentar nacionalidad Española o Marroquí.

En esta definición de menores destacan dos de sus características. En primer lugar el “no estar emancipado” es una característica que limita a quienes se les puede aplicar el Convenio, no obstante esta limitación siempre ha de interpretarse de forma restrictiva. En segundo lugar limita el ámbito de actuación a menores nacionales de los Estados firmantes, con lo cual si se produce un traslado ilícito de un menor de uno de los Estados firmantes al otro, este Convenio no será aplicable si el menor no detenta nacionalidad española o marroquí.

Competencia Judicial Internacional

Las autoridades encargadas de satisfacer las obligaciones previstas en el Convenio son los Ministerios de Justicia de ambos Estados como las “Autoridades Centrales”, art 3. En el caso español será la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional de Ministerio de Justicia.

En el art 4 se regula la labor de las Autoridades Centrales, en primer lugar quienes han de recibir la solicitud de devolución del menor y posterior actuación “*Las solicitudes de devolución de menores desplazados o retenidos ilegalmente se dirigirán a la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del menor, anterior a su desplazamiento o no devolución. Dicha Autoridad remitirá las solicitudes a la Autoridad Central del otro Estado*”. Continúa el art 4.2 regulando la actuación de las Autoridades Centrales estableciendo las medidas y garantías que han de tomar “*La Autoridad Central, actuando directamente o, por mediación del Ministerio Público o del Abogado del Estado, adoptará o hará tomar cualquier medida apropiada para: a) Localizar a un menor desplazado ilícitamente; b) Evitar nuevos peligros para el menor y, en particular, su desplazamiento hacia el territorio de un tercer Estado; (...) e) Garantizar la repatriación del menor; (...) h) Velar por que se tomen, en todos los casos, todas las medidas provisionales, incluso sin procedimiento contradictorio, tendentes a evitar nuevos peligros para el menor o perjuicios para las partes implicadas*”.

Devolución inmediata del menor

En el Convenio se establece como regla general los arts. 7 y 8, en caso de desplazamiento ilegal de un Estado a otro, el tribunal competente del Estado requerido

tiene que dar la devolución inmediata el menor al Estado requirente. El art 7 distingue tres tipos de desplazamiento ilegal “1. *El desplazamiento de un menor, del territorio del Estado requirente hacia el territorio del Estado requerido, se considerará ilegal y la Autoridad judicial ordenará, por consiguiente, su devolución inmediata cuando:*

a) El desplazamiento hubiere tenido lugar haciendo caso omiso de una resolución judicial dictada en juicio contradictorio y de carácter ejecutivo en territorio del Estado requirente, y que en el momento de la presentación de la solicitud de devolución del menor: Este tuviera su residencia habitual en territorio de dicho Estado. El menor y sus padres, en el momento del desplazamiento, tuvieran, únicamente, la nacionalidad del Estado requirente.

En este primer caso recoge una situación en la que se ha hecho caso omiso a la atribución del derecho de custodia en resolución judicial. Estamos ante una resolución judicial fruto de un procedimiento contradictorio con carácter ejecutivo en el Estado requirente, a lo que añadimos que esta resolución existe con anterioridad al traslado ilegal del menor. Si estamos a la literalidad del Convenio no cabrían ni resoluciones administrativas, ni supuestos en los que la resolución judicial venga establecida con posterioridad al traslado. La doctrina ha solventado estos problemas estableciendo que en ambos supuestos se deberían entender como cubiertos por lo tanto no habría que estar al tenor literal del Convenio. El precepto añade además unos requisitos:

- El menor ha de tener su residencia habitual en territorio del Estado requirente en el momento del traslado.
- El menor y sus padres en el momento del desplazamiento únicamente tuvieran la nacionalidad del Estado requirente.

Ambos requisitos continúan limitando el número de supuestos que este Convenio pudiera conocer.

b) Se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre, por el derecho del Estado del que fuera nacional.

En este caso la enunciación del precepto es clara. Se produce una violación de un derecho de custodia atribuido a uno solo de los padres por el Derecho del Estado del que es nacional, debido al hecho del desplazamiento del menor.

c) El desplazamiento infrinja un acuerdo concertado entre las partes implicadas, refrendado por una Autoridad judicial de uno de los dos Estados contratantes.”

En este tercer caso se ha dado un acuerdo entre las partes refrendado por una Autoridad Judicial de cualquiera de los dos Estados, el desplazamiento infringe dicho acuerdo. No se exige establecer el derecho de custodia como tal pero habrá que interpretarlo como si en el acuerdo se hubiera establecido.

En relación al procedimiento de restitución se establece una distinción relativa al tiempo transcurrido desde el desplazamiento ilegal y la solicitud de devolución. Este plazo es de 6 meses, cuando al solicitud sea presentada antes de transcurrir 6 meses desde el desplazamiento estamos dentro del art 8.1 del Convenio “*Cuando la solicitud de devolución, una vez ocurrido el desplazamiento ilegal del menor, sea presentada*

ante las Autoridades centrales de uno de los Estados contratantes, antes de haber transcurrido un plazo de seis meses, la Autoridad judicial competente deberá ordenar su devolución inmediata.” Sin embargo el art 8.2 establece dos supuestos en los que no es obligatorio devolver al menor, “2. No obstante, la Autoridad judicial no estará obligada a ordenar la devolución del menor cuando:

a) El menor sea nacional, exclusivamente, del Estado requerido y, según la ley interna de este Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad.

b) Se alegue una resolución ejecutiva relativa a la custodia en el territorio del Estado requerido, con anterioridad al desplazamiento”

La Autoridad judicial no estará obligada cuando, bien el menor sea solo nacional del Estado requerido y según su ley interna el padre que se encuentre con el menor es el único titular de su patria potestad. O bien que haya una anterior resolución judicial en el Estado requerido relativa a la custodia del menor.

Si entre el desplazamiento ilegal y la solicitud de devolución han transcurrido más de seis meses, según el art 9 la devolución se producirá salvo que el menor ya esté integrado en su nuevo entorno o que dicha devolución le exponga a un peligro psíquico, físico o una situación intolerable.

El tribunal ha de valorar estas cuestiones siempre en interés del menor. Pero no se establece nada en relación a la voluntad del menor, por ejemplo que cuando detente cierta madurez pueda ser escuchado.

A lo establecido por los art 8 y 9, cabe añadir el art 14.1 del Convenio dado que establece que el Estado requerido debe emplear un procedimiento sencillo y rápido.

El art 10.1 establece “*El ejercicio de la acción de devolución inmediata del menor no estará supeditado al reconocimiento y a la ejecución de una resolución judicial en el Estado requerido*” añade en sus siguientes puntos que la resolución de devolución no entrará a valorar el fondo de derecho de custodia y la prioridad con la que se ha de resolver este asunto frente a cualquier otra solicitud relativa al menor.

Reconocimiento y ejecución de las Resoluciones Judiciales Objeto del presente Convenio

En el art 11 establece los motivos por los cuales puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones ejecutivas en la materia. “(...) *sólo podrán ser denegados por las Autoridades judiciales de dicho Estado por uno de los siguientes motivos:*

a) Si, en el caso de que se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, el acto por el que se abre el procedimiento o un acto equivalente no ha sido notificado o entregado, formalmente, al demandado dentro del plazo oportuno para que pueda defenderse; no obstante, esta falta de notificación o de entrega no podrá constituir una causa de denegación de reconocimiento o de ejecución, cuando la notificación no haya tenido lugar porque el demandado haya ocultado el lugar donde se encuentra a la persona que haya iniciado el procedimiento en el Estado requirente.

Hace referencia a errores de formales. El acto por el que se abre el procedimiento o un acto equivalente no haya sido notificado o entregado al demandado dentro del plazo oportuno para que pueda defenderse. Añade una excepción a este motivo de excepción cuando el demandado haya ocultado el lugar donde se encuentra, a la persona que haya iniciado el procedimiento en el Estado requirente.

b) Si, en el caso de que se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, la competencia de la Autoridad que la hubiere dictado no está basada en la residencia habitual común de los padres del menor o, en su defecto, en la residencia habitual del demandado.

Cuando estemos en rebeldía del demandado y la competencia de la Autoridad no está basada en la residencia habitual común o en la residencia del demandado siempre que se de la resolución en ausencia del demandado.

c) Si la resolución es incompatible con una resolución relativa a la custodia que haya adquirido fuerza ejecutiva en el Estado requerido, antes del desplazamiento del menor.

Hace referencia a la incompatibilidad con una resolución con fuerza ejecutiva dada antes del desplazamiento del menor en el Estado requerido.

d) Si la solicitud de reconocimiento y ejecución de una resolución, relativa al derecho de custodia, se ha presentado una vez transcurrido un plazo de seis meses, a partir del momento del desplazamiento del menor y se comprueba que, al haber cambiado las circunstancias, incluyendo el transcurso del tiempo, pero con exclusión del cambio únicamente de residencia del menor, a resultas del desplazamiento, el menor se ha integrado en su nuevo medio.”

En este caso hace referencia a las excepciones permitidas por el art 9 para denegar la devolución.

Parece claro que estas causas para denegar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales son solamente las establecidas en el art 11 y no se podrán alegar otras que no sean estas. Es una forma de poder permitir un mayor reconocimiento y ejecución de resoluciones entre los Estados firmantes.

Derecho de visita

Se regulan en el art 13 del Convenio, el punto más relevante es el tercero. 3. “La Autoridad Central, actuando directamente o por mediación del Ministerio Público o del Abogado del Estado:

a) Adoptará o hará tomar las medidas adecuadas para salvar, en la medida de lo posible, los obstáculos que se opongan al cumplimiento pacífico del derecho de visita.

b) Acudirá, si ha lugar, a la jurisdicción competente para que se organice o se proteja el derecho de visita. Dicha jurisdicción podrá establecer las modalidades de la puesta en práctica y del ejercicio del derecho de visita.

c) Acudirá, si ha lugar, a la jurisdicción competente, para que resuelva sobre el derecho de visita, a solicitud de la persona que invoque dicho derecho, cuando no se haya resuelto sobre el derecho de visita o cuando se haya denegado el reconocimiento o la ejecución de la resolución relativa a la custodia.”

En este punto establece diferentes medidas de protección del derecho de visita. Y lo hará eliminando los obstáculos que se puedan dar al mismo, organizando y protegiendo el derecho, y al mismo tiempo estableciendo el derecho de visita cuando no se haya resuelto en la resolución o cuando se haya denegado el reconocimiento o ejecución de la resolución.

Disposiciones comunes

Se recogen desde el art 14 hasta el art 20. De estos artículos, el art 15 y 16 establece la información necesaria para proceder a la solicitud de devolución inmediata así como los documentos requeridos que deben acompañarla. A falta de dichos documentos, el art 17 enuncia que se podrá dar un plazo para su presentación o aceptación de documento equivalente. Art 18 dichos documentos se podrán dar en cualquiera de las lenguas oficiales (francés, castellano y árabe).

Disposiciones finales

Art 21 se establecen parte de las medidas provisionales de aplicación del Convenio. Enuncia que los supuestos anteriores a la entrada en vigor serán objeto de la Comisión consultiva (se regula en el art 5). Y añade que las dificultades que puedan surgir serán solventadas por la vía diplomática.

El art 22, contiene la regulación de la entrada en vigor del Convenio así como parte de las medidas provisionales (su aplicación provisional desde la firma). Y por último el art 23 regula el método de denuncia del mismo.

6.-BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.-CAAMIÑA DOMINGUEZ, C.M. (2010). *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Ed. Colex 2010.

-Página web oficial de la conferencia de Haya: <http://www.hcch.net>.

-CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho Internacional Privado*, (vol. II), Granada, Ed. Comares. 2012.

-GONZÁLVEZ VICENTE, P. (2005). Problemas detectados en la práctica del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. *En Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2005.

-LLAMAS POMBO, E / MAESTRE CASAS, P. (2009). Sustracción y restitución internacional de menores. *En Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Febrero 2009.

-CAAMIÑA DOMINGUEZ, C.M. (2010). *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Ed. Colex 2010.

-JIMENEZ BLANCO, P. (2008). *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*. Ed. Marcial Pons, 2008

-PÉREZ-VERA, E (1982). Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention.

-2011 Proyecto revisado de manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. [La Haya]: Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya, mayo 2011.

III. El uso de la mediación en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores: una visión general de los desafíos específicos

El Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores promueve la búsqueda de soluciones amigables. El artículo 7 dispone que las Autoridades Centrales ‘deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.

La mediación en las controversias familiares internacionales es muy compleja y requiere que los mediadores tengan una formación más amplia. La interacción de dos sistemas jurídicos distintos, diferentes culturas e idiomas hacen la mediación mucho más difícil en estos casos.

Las partes pueden no estar al corriente de que el traslado de personas de un Estado a otro tendrá como consecuencia un cambio de su situación jurídica. La residencia habitual es un ‘punto de conexión’ utilizado ampliamente en el derecho internacional privado. Por tanto, el cambio de la residencia habitual del niño de un país a otro luego de la implementación de un acuerdo parental puede afectar la competencia y el derecho aplicable respecto de la custodia y el contacto, y como consecuencia puede afectar la evaluación legal de los derechos y obligaciones de las partes

Pueden surgir otras dificultades de procesos penales iniciados en contra del progenitor sustractor en el país de la residencia habitual del niño, así como también de cuestiones de visado e inmigración.

Plazos / Procesos expeditivos

El tiempo es extremadamente importante en los casos de sustracción internacional de niños.

El Convenio de La Haya de 1980 pretende garantizar la restitución rápida del niño al Estado de residencia habitual. El objetivo del Convenio de 1980 es restablecer el statu quo ante de la sustracción tan pronto como sea posible para atenuar los efectos nocivos del traslado o de la retención ilícitos para el niño. El Convenio de 1980 protege los intereses del niño al evitar que un progenitor obtenga ventajas a través del establecimiento de “vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia (exclusiva) de un menor”.

Cuando los procesos de restitución se inician ante un tribunal más de un año después de la sustracción, el Convenio de La Haya de 1980 le otorga discreción al tribunal para rechazar la restitución, con la condición de que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente (art. 12).

La mediación en los casos de sustracción de niños debe llevarse adelante con rapidez en cualquier etapa en que se introduzca. Ante una solicitud de restitución, las Autoridades Centrales en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores tratarán tan pronto como se conozca la localización del niño, y lograr una restitución voluntaria del menor.

Los servicios de mediación ofrecidos para los casos de sustracción en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores deben notificar la programación de las sesiones de mediación con poca antelación. Esto exige mucha flexibilidad por parte de los mediadores involucrados. Es posible disminuir la carga con la asistencia de un equipo de mediadores cualificados que estén comprometidos con un sistema que asegure la disponibilidad con poca antelación.

Es muy importante que los Estados parte adopten medidas para asegurarse de que la mediación tenga lugar dentro de plazos muy claros y limitados.

Estrecha cooperación con las autoridades administrativas / judiciales

Los mediadores y los organismos que ofrecen mediación en los casos de sustracción internacional de niños deben cooperar estrechamente con las Autoridades Centrales y los tribunales a fin de garantizar una resolución diligente de la cuestión.

Los mediadores deberán ser eficientes para que los aspectos organizativos de los procedimientos de mediación sean lo más transparentes y confidenciales.

Más de un sistema jurídico involucrado; ejecutoriedad del acuerdo en ambas jurisdicciones involucradas (o en todas ellas).

Cuando está involucrado más de un sistema jurídico, pueden surgir dificultades específicas para el propio proceso de mediación. Resulta importante considerar las legislaciones de los sistemas jurídicos involucrados, así como también el derecho regional o internacional aplicable al caso en cuestión, con el fin de encontrar una solución sustentable para las partes que pueda tener efecto jurídico.

Los mediadores, incluso en aquellos casos que posean la debida formación jurídica especializada, no están en posición de ofrecer asesoramiento jurídico a las partes. La información jurídica resulta muy útil en dos aspectos:

- El contenido del acuerdo de mediación, que debe ser compatible con los requisitos legales.
- Cómo otorgarle efecto jurídico al acuerdo de mediación en los dos o más sistemas jurídicos involucrados. Los progenitores deberán comprender que, una vez que un acuerdo de mediación tenga efecto jurídico en una jurisdicción, pueden ser necesarias otras gestiones para conferirle efecto jurídico en el/los otro/s sistema/s jurídico/s involucrado/s en el caso.

Contextos culturales y religiosos diferentes

Una de las dificultades particulares de la mediación familiar internacional en general es que generalmente las partes tienen contextos culturales y religiosos diferentes. El mediador debe tener en cuenta que la controversia familiar puede ser causada por el desconocimiento de las diferencias culturales de la otra parte. Los mediadores que llevan adelante la mediación deberán tener una buena comprensión de las culturas y los contextos religiosos de las partes. Un modelo exitoso en algunos programas de mediación es el de la mediación ‘binacional’. El término “binacional” podría equipararse a “bicultural”. Conviene subrayar que los mediadores son neutrales e imparciales y no representan a ninguna de las partes.

Dificultades idiomáticas

Cuando las partes tienen distintas lenguas maternas, es posible que prefieran hablar su propio idioma en la mediación. En circunstancias emocionalmente tensas que se pueden dar al tratar el conflicto, las partes simplemente pueden preferir hablar su propia lengua materna, y esto podría darles la sensación de estar en pie de igualdad. En la medida de lo posible se deben respetar los deseos de las partes respecto del idioma o idiomas utilizados. El mediador debe ser consciente del riesgo adicional de malos entendidos como consecuencia de las dificultades idiomáticas. Idealmente, el propio mediador debería poder entender y hablar esos idiomas.

La llamada co-mediación bilingüe permite la participación de mediadores que tengan las mismas lenguas maternas que las partes o que hablen con facilidad el otro idioma o posean un buen conocimiento de él. La co-mediación puede incluir también un mediador que hable sólo la lengua materna de una de las partes y otro que hable con fluidez los dos idiomas pertinentes. El mediador que hable los dos idiomas desempeñará un papel interpretativo.

Distancia

La distancia entre el Estado de residencia habitual del niño, que es donde reside el progenitor perjudicado, y el Estado al cual se trasladó al niño puede ser muy grande.

En lo referente a la organización de una sesión de mediación, la distancia entre las partes y los eventuales elevados costes de traslado afectarán el lugar adecuado para la mediación, y la cuestión de si se debería usar la mediación directa o indirecta. En este sentido, los medios de comunicación (internet y enlaces de vídeo) pueden ser de ayuda en la mediación.

Cuestiones de visado e inmigración

Con el fin de promover soluciones amigables de las controversias familiares internacionales, los Estados deben adoptar medidas destinadas a garantizar que el progenitor perjudicado pueda obtener los documentos de viaje necesarios para asistir a una sesión de mediación en el país al cual se sustrajo al niño, o incluso para participar de los procesos legales. A la vez, los Estados deberán adoptar medidas para facilitar el suministro de los documentos de viaje necesarios al progenitor sustractor para

reingresar al Estado de residencia habitual del niño para una sesión de mediación y/o procesos legales

La Autoridad Central debería asistir a los progenitores en la obtención sin demora de los documentos de viaje necesarios proporcionando información y asesoramiento o prestando ayuda con la solicitud de cualquier visa necesaria.

Procesos penales en contra del progenitor sustractor

El Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores sólo aborda los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños. Sin embargo, pueden surgir procesos penales en contra del progenitor sustractor en el país de residencia habitual del niño pueden afectar a los procesos de restitución en virtud del Convenio de 1980. Los procesos penales pendientes en el Estado de residencia del niño anterior a la sustracción pueden tener como consecuencia que el tribunal que entienda en una solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya rechace la restitución del niño.

Dentro de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños, es importante considerar que puede que se hayan iniciado procesos penales o que exista un posible riesgo de que tales procesos se inicien en el futuro, aun luego del regreso consensuado del progenitor sustractor y del niño, en particular, ante la amenaza de encarcelamiento del progenitor sustractor. En vista de la posible implicancia que estos procesos pueden tener, es crucial que aborden el tema en la mediación.

Las Autoridades Centrales y los tribunales involucrados deberían en la medida de lo posible brindar apoyo a las partes al momento de obtener información general necesaria sobre las leyes pertinentes que rigen el inicio y la finalización de los procesos penales así como también sobre el estado específico de tales procesos.

Formación especializada para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños / Salvaguardando la calidad de la mediación

Formación del mediador – Normas y estándares existentes

Para garantizar la calidad de la mediación, resulta indispensable que aquellos que llevan adelante la mediación se hayan capacitado debidamente. Algunos Estados han sancionado legislación que regula la formación de los mediadores o las cualificaciones o experiencia que una persona debe tener para poder obtener un título determinado, ser inscripta como mediador, o ser autorizada a llevar adelante una mediación o ciertas formas de mediación.

En muchos sistemas jurídicos en los que la formación del mediador no ha sido regulada por ley, las organizaciones y asociaciones de mediación han establecido requisitos mínimos de formación que exigen a los mediadores al momento de unirse a la red. Asimismo, se da tratamiento al tema de la formación de mediadores en varios instrumentos nacionales y regionales no vinculantes, tales como los estándares y códigos de conducta o las recomendaciones en materia de mediación.

Entre las iniciativas para la promoción regional de los estándares de formación de mediadores para la mediación familiar se encuentra aquella de AIFI, organización no gubernamental interdisciplinaria con miembros en Europa y Canadá. La Guía de Buenas Prácticas de Mediación Familiar de AIFI (2008) aborda el tema de la formación especializada y la acreditación para la mediación familiar internacional. Otra organización activa en el ámbito de la mediación es la Asociación Europea de Jueces para la Mediación, que se compone de diversas secciones nacionales. La organización vincula a jueces de diferentes Estados europeos con el fin de promover métodos de solución amigable de controversias, en particular, la mediación.

La Directiva Europea sobre mediación, instrumento regional vinculante, solicita que los Estados miembros de la Unión Europea fomenten la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes.

Formación específica para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños

En vista del carácter particular de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños, sólo los mediadores experimentados en materia de familia que hayan recibido una formación específica preferentemente a efectos de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños deberían llevar adelante la mediación en esos casos.

El mediador debe poseer el conocimiento socio-psicológico y jurídico necesario para llevar adelante la mediación en los casos de familia altamente conflictivos. El mediador debe poder evaluar la capacidad de las partes para mediar, reconocer la discapacidad mental y dificultades idiomáticas, y debe poder identificar los patrones de abuso doméstico y abuso de menores y llegar a las conclusiones necesarias.

La formación para la mediación familiar internacional debe abarcar el desarrollo de la aptitud intercultural así como también las habilidades idiomáticas necesarias. Además, la formación debe impartir conocimiento y comprensión de los instrumentos jurídicos regionales e internacionales pertinentes así como también del derecho nacional aplicable.

La función del mediador no es dar asesoramiento jurídico. Sin embargo, el conocimiento jurídico básico es de suma importancia en los casos de familia transfronterizos, dado que le permite al mediador comprender el panorama más amplio y llevar adelante la mediación de manera responsable.

El establecimiento de programas de formación en materia de mediación y el desarrollo adicional de estándares aplicables a la mediación familiar transfronteriza y a la mediación en los casos de sustracción internacional de niños debería contar con el respaldo de los Estados.

Establecimiento de listados de mediadores

Los Estados deberían elaborar de listados de mediadores de familia públicamente disponibles a través de los cuales se pueda identificar a los mediadores especializados. Idealmente, estos listados deberían incluir los datos de contacto del

mediador, información respecto de sus áreas de especialización, formación, habilidades lingüísticas, aptitud intercultural y experiencia.

Los Estados también pueden facilitar información acerca de los servicios especializados en la mediación familiar internacional en su jurisdicción a través de un Punto de Contacto Central en materia de mediación familiar internacional

Protección de la calidad de la mediación

Para proteger la calidad de la mediación familiar internacional, los servicios de mediación deberían ser evaluados, preferentemente por un organismo neutral. Cuando no exista este organismo, los mediadores y las organizaciones de mediación deberían establecer ellos mismos normas transparentes sobre el seguimiento y la evaluación de sus servicios. Los Estados deben establecer estándares comunes aplicables a la evaluación de los servicios de mediación.

Acceso a la mediación

Se debe suministrar información acerca de los servicios de mediación disponibles en la jurisdicción pertinente e información adicional relacionada a las partes que pretenden someterse a una mediación.

Se destacan Los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación escritos por el Grupo de Trabajo sobre Mediación en el contexto del Proceso de Malta, se pide a los Estados que los acepten: dar un Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional, suministrar información acerca de los servicios de mediación familiar disponibles en dicho país. Los Principios también piden que el Punto de Contacto Central ‘suministre información acerca del lugar de asesoramiento en materia de derecho de familia y procesos legales, sobre el modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación y sobre la ejecución del acuerdo de mediación’. La ‘información debería suministrarse en el idioma oficial de dicho Estado y además en inglés o francés’.

Sería ventajoso que los Estados reunieran y suministraran información acerca de los servicios de mediación disponibles en las controversias familiares internacionales dentro de su jurisdicción, al igual que información adicional relacionada que podría ser relevante para la mediación.

En los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, la Autoridad Central podría tener una posición ideal para asumir el papel de informar. Algunos Estados pueden preferir establecer un Punto de Contacto Central independiente a efectos de la mediación familiar internacional. Cuando un organismo externo es designado para desempeñarse como Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional, deberían adoptarse medidas a fin de evitar conflictos de intereses

Disponibilidad de la mediación – Etapa del proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya; remisión / auto-remisión a mediación

La mediación ya puede ofrecerse como medida de prevención en una instancia temprana de un conflicto familiar a fin de evitar una sustracción posterior. Esto es significativo en los casos en que después de la separación de una pareja, uno de los progenitores considera la reubicación hacia otro país. Un progenitor no puede abandonar el país sin el consentimiento del otro titular de los derechos de custodia o una autorización de la autoridad competente y por ella la mediación puede ofrecer un sustento al momento de encontrar una solución amistosa.

‘Es muy importante la forma en que los progenitores se acercan a la mediación’ y puede ser ‘crítica para su perspectiva de éxito’. En cuanto se dé la sustracción de niños, los progenitores deberían ser informados acerca de la posibilidad de mediación lo antes posible. Cabe destacar que la mediación no es el único recurso que tienen los progenitores sino que también tienen la posibilidad de litigar

La mediación u otros medios análogos deberían estar disponibles a lo largo del proceso judicial e incluso en la etapa de ejecución.

Es de vital importancia que se tomen precauciones a fin de garantizar que el progenitor sustractor no pueda utilizar la mediación como táctica dilatoria.

1. Rol de las autoridades centrales

Las Autoridades Centrales deberían facilitar el suministro de información acerca de los servicios de mediación o cualquier otro procedimiento análogo disponible lo antes posible a fin de ayudar a encontrar una solución amistosa cuando las partes busquen el apoyo de la Autoridad Central en el marco de una controversia familiar transfronteriza.

En el marco de un caso de sustracción internacional de niños, la Autoridad Central del Estado requerido debería cuando el progenitor perjudicado se comunice con ella suministrar al información acerca de la mediación y otros servicios similares disponibles en dicha jurisdicción junto con la información sobre los procedimientos en virtud del Convenio de La Haya.

También puede informar acerca de las posibilidades de acceder a la mediación u otros procesos similares que faciliten acuerdos amistosos. Asimismo sobre los métodos de solución amigable de controversias e información acerca del proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya.

La tarea de suministrar información puede delegarse a otro organismo.

2. Rol del juez o de los jueces / tribunales

Los jueces a menudo tienen la obligación de proceder a la solución amistosa de una controversia. En algunos sistemas jurídicos, en el contexto de controversias familiares relativas a niños, la asistencia a una reunión informativa en materia de mediación o el intento de mediación u otros procesos pueden incluso ser obligatorios para las partes en determinadas circunstancias

Los que entiendan en un caso de sustracción internacional de niños deberían considerar si la remisión a la mediación es viable en el caso que los ocupa, siempre que haya servicios de mediación apropiados para casos de sustracción transfronteriza de niños en

el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores disponibles en dicha jurisdicción.

Cuando un juez remite un caso a mediación, debe conservar el control respecto del plazo. Puede optar por suspender el proceso a efectos de la mediación durante un breve período de tiempo o cuando la suspensión no fuera necesaria, establecer la próxima audiencia judicial antes de la cual la mediación debe concluir, en un plazo entre dos y cuatro semanas.

Cuando se trata de la mediación en la etapa del proceso judicial, pueden distinguirse dos tipos de mediación: la “judicial” y la “extrajudicial”. Se han desarrollado ‘esquemas de mediación judicial’ para las controversias en materia civil. La mediación es ofrecida ya sea por un mediador que trabaja para el tribunal o por un juez con formación como mediador, que no sea el juez que entiende en la causa.

En la etapa del proceso judicial, también es posible remitir el caso a servicios de mediación ‘extrajudicial’, servicios de mediación operados por mediadores u organizaciones de mediación no vinculados directamente con el tribunal.

3. El rol de los abogados y otros profesionales

Cuando las partes de una controversia familiar internacional deciden intentar la mediación, los representantes legales deberían apoyar a las partes mediante el suministro de la información legal necesaria para que aquellas tomen una decisión fundada. Además deben apoyar a las partes a fin de procurar otorgarle efecto jurídico al acuerdo de mediación en los dos sistemas jurídicos involucrados en el caso o en todos ellos.

Al momento de representar a una parte de una controversia familiar internacional respecto de niños, los abogados deberían tener noción de que su responsabilidad frente a su cliente comprende responsabilidad por el interés y el bienestar del niño. Dado que un acuerdo amistoso favorecerá el interés superior del niño, cuando los progenitores quieren recurrir a la mediación, el representante legal debería dales apoyo y cooperar con el representante legal de la otra parte, en la medida en que su mandato lo permita.

Una vez que las partes hayan decidido iniciar un proceso de mediación, los representantes legales suministran la información legal necesaria para que las partes tomen decisiones fundadas y dan garantía de que el acuerdo de mediación tendrá efecto jurídico en los sistemas jurídicos involucrados.

Es importante que los abogados que asistan a una sesión de mediación junto con sus clientes comprendan que el rol que desempeñan es de naturaleza subsidiaria.

Evaluación de la aptitud para la mediación

Esto ayuda a evitar las demoras que pueden surgir si se intenta la mediación en casos no aptos. El examen inicial ayuda a identificar los casos en los que deben tomarse precauciones especiales o la mediación podría ser inapropiada. Surgen dos preguntas:

- 1) qué cuestiones deberían abordarse en la evaluación de la aptitud para la mediación
- 2) quién puede o debe llevar a cabo esta evaluación.

La aptitud del caso para la mediación dependerá de las circunstancias del caso en particular y de los medios y las características de los servicios de mediación disponibles y las normas aplicadas por el mediador / la organización de mediación respecto de dichas cuestiones.

Entre las cuestiones que pueden afectar la aptitud de un caso de sustracción internacional de niños para la mediación se encuentran:

- La voluntad de las partes de someter su controversia a mediación
- Indicios de violencia doméstica y su grado
- Incapacidad derivada del abuso de drogas o alcohol,
- Indicios de maltrato infantil.

La evaluación de la aptitud del caso para la mediación debería comprender un intercambio confidencial con cada una de las partes por separado a fin de permitir que cada una de las partes exprese libremente sus eventuales preocupaciones con respecto a la mediación.

El intercambio inicial con las partes a fin de evaluar la aptitud del caso para la mediación puede usarse para abordar diversas cuestiones logísticas, que surgen como: las discapacidades de una de las partes; la cuestión del idioma o idiomas en que la mediación debería llevarse a cabo puede abordarse en el intercambio inicial... La entrevista de examen inicial es también una ocasión ideal para informar a las partes de los detalles del proceso de mediación.

La evaluación de la aptitud del caso para la mediación debería encomendarse a un mediador o a otro profesional experimentado con conocimiento del funcionamiento de la mediación familiar internacional.

Muchos servicios de mediación establecidos para los casos de sustracción internacional de niños utilizan el examen inicial en forma exitosa. En algunos programas, la aptitud del caso para la mediación se evalúa mediante un cuestionario escrito seguido de una entrevista telefónica.

Costes de la mediación

Es probable que la voluntad de las partes de pretender la mediación se vea afectada por los costes totales inherentes a la mediación. Estos costes pueden comprender gastos en virtud de la evaluación inicial de la aptitud del caso para la mediación, los honorarios del mediador, gastos de viaje, gastos de reserva de las salas en las que la mediación tendrá lugar, eventuales honorarios de interpretación o para la participación de otros expertos y los eventuales gastos de representación legal.

Muchos mediadores se adhieren a códigos de conducta que requieren que ‘cobren honorarios razonables teniendo en cuenta el tipo y la complejidad del objeto, el tiempo previsto de la mediación y la relativa pericia del mediador’. Varios códigos de conducta destacan que ‘los honorarios cobrados por el mediador no deberían depender

del resultado'. En otros Estados, los honorarios de mediación están regulados por ley o definidos por el tribunal y distribuidos entre las partes. Reconociendo las ventajas de promover la mediación en casos de sustracción internacional de niños, algunos Estados ofrecen servicios de mediación en forma gratuita o han abierto su sistema de asistencia judicial a la mediación.

Lugar de mediación

Frecuentemente las sesiones tienen lugar en el país al que el niño fue trasladado después de la sustracción. Una de las ventajas de un arreglo semejante consiste en la posibilidad de concertar el contacto provisorio entre el progenitor perjudicado y el niño durante la estadía del progenitor perjudicado en dicho país. Otra ventaja es simplificar el vínculo entre el procedimiento de mediación y el proceso judicial. Pero elegir como sede el Estado al que el niño fue trasladado puede interpretarse como una injusticia adicional por el progenitor perjudicado. Además el progenitor perjudicado podría enfrentar dificultades legales al momento de ingresar al Estado al que el niño fue trasladado después de la sustracción por temas de visado e inmigración. Por otro lado, la posible presencia del progenitor perjudicado en el Estado al que el niño fue trasladado, a fin de asistir al proceso de restitución puede utilizarse como oportunidad de proceder a la mediación en dicho Estado.

Llevar a cabo una sesión de mediación en persona en el país desde el cual el niño fue trasladado en forma ilícita puede plantear desafíos prácticos adicionales. El progenitor sustractor podría enfrentar un proceso penal en dicho país o mostrarse reticente a dejar al niño al cuidado de un tercero durante su ausencia.

En circunstancias excepcionales, se puede considerar hacer la reunión de mediación en persona en un tercer país 'neutral'.

Respecto a la sede utilizada para la reunión de mediación en persona, debe llevarse a cabo en un lugar neutral. La sede de la reunión de mediación debe ser adecuada para el caso en particular.

Cuando la sesión de mediación en persona no es apropiada, puede optarse por la mediación a larga distancia. Podría resultar interesante para casos en los que hubiera acusaciones de violencia doméstica y una de las partes declarara que, si bien desea someterse a mediación, la posibilidad de estar en la misma sala que la otra parte sería muy difícil de enfrentar.

El contrato de mediación – Consentimiento informado respecto de la mediación

Para garantizar el consentimiento informado de las partes respecto de la mediación, podría considerarse la posibilidad de establecer un acuerdo por escrito entre el mediador y las partes acerca de los términos y condiciones del servicio de mediación, excepto que el sistema jurídico pertinente disponga lo contrario. Este contrato de mediación debería ser claro e incluir toda información necesaria sobre el proceso de mediación.

El contrato debería explicar el rol del mediador en carácter de tercero neutral e imparcial. Todo contrato de mediación redactado a efectos de una controversia familiar

internacional debería resaltar la importancia de obtener asesoramiento jurídico pertinente con respecto a los acuerdos parentales y su implementación en los diferentes sistemas jurídicos, señalando que el mediador no dará asesoramiento jurídico.

El contrato debería destacar la importancia de la confidencialidad del proceso de mediación y resaltar las disposiciones legales aplicables. Además de hacer referencia a los métodos de mediación empleados y al alcance de la mediación. Asimismo, debería brindar información sobre los posibles costes de mediación.

Alcance de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños

Se afirma que la mediación puede conceder un mejor tratamiento a todas las caras del conflicto, dado que asimismo puede incluir temas que no tienen relevancia jurídica y que no se darían en una audiencia frente a un tribunal.

En una controversia familiar, la mediación puede ayudar a desenredar las viejas enemistades familiares de las que seguramente la controversia actual es un mero indicio.

Concentración en las cuestiones urgentes

Para ser compatible con el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, la mediación debe cumplir con plazos muy estrictos y es posible que su alcance deba limitarse.

La principal cuestión controvertida es la restitución del niño.

La restitución del menor que reside habitualmente en uno de los Estados contratantes quien ha sido trasladado ilícitamente o retenido en otro Estado contratante. La premisa fundamental es que el Estado de residencia habitual del menor retenga la jurisdicción a fin de decidir sobre cuestiones de custodia / derechos de visita, y que la restitución inmediata del menor a ese Estado posibilitará que tales decisiones se tomen en forma expedita para beneficio del menor, sin que el menor tenga tiempo de establecerse en otro Estado.

El Convenio de La Haya de 1980 persigue reestablecer el statu quo antes de la sustracción, poniendo las decisiones a largo plazo acerca de la custodia y del contacto, incluida la cuestión de la posible reubicación del niño, en las manos del tribunal competente que es el del Estado de residencia habitual del niño. En el caso de que no se aplique ninguna de las excepciones, el juez que entienda de la solicitud de restitución presentada en virtud del Convenio de La Haya ordenará la restitución del niño.

Se acepta que, en los casos de sustracción internacional de niños, la mediación no sólo puede abordar las condiciones y las modalidades de la restitución o de la falta de restitución, sino también otras cuestiones que afectan la responsabilidad parental de las partes, incluida la custodia, el contacto e incluso los arreglos de alimentos para los niños.

Después de haberse informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de

fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones para la restitución del menor.

Principios, modelos y métodos de la mediación

Principios de la mediación – Normas internacionales

1. Naturaleza voluntaria de la mediación

La naturaleza de la mediación es involucrar a las partes en un proceso voluntario para llegar a una solución amigable de su controversia. La ‘voluntariedad’ es un principio básico e incuestionable. El principio de ‘voluntariedad’ no es incoherente con los requisitos existentes en algunas jurisdicciones respecto de las reuniones informativas obligatorias sobre mediación. Incluso en las jurisdicciones donde las partes de una controversia están obligadas a intentar la mediación, puede alegarse que es compatible con la voluntariedad de la mediación, siempre que las partes no se vean obligadas a resolver su controversia durante la mediación.

En los casos de sustracción internacional de niños, el uso de la mediación no debería dilatar los procesos de restitución inmediata y el uso de medidas ‘obligatorias’ a fin de promover la mediación debe considerarse con cautela.

El inicio de un proceso de restitución de no debería depender de la asistencia de ambas partes a una sesión informativa sobre mediación.

El progenitor perjudicado no está familiarizado con el sistema jurídico del Estado requerido (el Estado al que el niño fue trasladado) y no habla el idioma de dicho Estado, mientras que el progenitor sustractor habitualmente posee al menos el vínculo idiomático con este Estado. En este caso, es probable que el progenitor perjudicado perciba como injusta la presión para embarcarse en una mediación disponible exclusivamente en el idioma del Estado requerido.

La voluntad o la falta de voluntad de los progenitores de someter la controversia a un proceso de mediación o continuarlo una vez iniciado no debería influir en la decisión del tribunal

2. Consentimiento informado

Toda la información necesaria sobre la mediación y las cuestiones relacionadas debe proporcionarse a las partes con anterioridad al proceso de mediación, para permitir que tomen una decisión fundada relativa al sometimiento de la controversia a mediación. Esta información debe incluir: detalles del proceso de mediación y principios que lo determinan; detalles sobre el método y el modelo utilizados, así como también información acerca de las modalidades prácticas; y eventuales costes para las partes. Asimismo, debe proporcionarse información sobre la interrelación de la mediación y los procesos judiciales.

La Autoridad Central o el Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional establecido a estos efectos podrían facilitar el acceso a esta información, o también la podrían proporcionar los representantes legales expertos de las partes

3. Neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia

Estos principios son esenciales para la mediación. Si bien apuntan a distintos aspectos del proceso de mediación, están estrechamente relacionados. La mediación debe ser neutral respecto del resultado del proceso de mediación.

El mediador debe ser independiente respecto de la forma en que lleva adelante la mediación. Al mismo tiempo debe ser imparcial en sus relaciones con las partes. Por último debe llevarse adelante equitativamente. Esto implica que las partes deben tener la misma oportunidad para participar del proceso de mediación. En la medida de lo posible, se debe respetar que las partes quieran utilizar su lengua materna o con la que se sientan más cómodas

4. Confidencialidad

Todas las comunicaciones efectuadas en el curso y contexto de la mediación deben ser de carácter confidencial, conforme a la ley aplicable, salvo que las partes acuerden lo contrario. La confidencialidad de las comunicaciones respecto de la mediación ayuda a crear el entorno de confianza necesario para que las partes se embarquen en un debate abierto acerca de las diversas soluciones posibles para su conflicto. En un caso de sustracción de niños es posible que el progenitor perjudicado se sienta reticente a indicar que podría aceptar que el niño permanezca en la otra jurisdicción, si teme que esto se pueda interpretar como una ‘aceptación’. El suministro de información administrativa respecto de si la mediación ha comenzado, continúa o ha concluido a la Autoridad Central o al tribunal competente que estuvo involucrado en la remisión a mediación no vulnera el principio de confidencialidad. Compartir esta información es parte de la cooperación organizacional entre mediadores, Autoridades Centrales y tribunales en los casos de sustracción internacional de niños.

Los contratos celebrados entre el mediador y las partes antes de iniciar la mediación suelen incluir normas en materia de confidencialidad. El contrato puede incluir la prohibición de que las partes citen al mediador como testigo, e incluso establecer que la parte que cite al mediador deberá hacerse cargo de los honorarios de los abogados del mediador

En la mediación familiar internacional, es de mucha importancia que se consideren las opiniones de todas las jurisdicciones pertinentes respecto de la cuestión de confidencialidad. Las partes deben saber si la información intercambiada puede utilizarse ante un tribunal en alguna de las jurisdicciones involucradas. En el supuesto de que el mediador no tuviera conocimiento de las normas de confidencialidad de las demás jurisdicciones, deberá llamar la atención de las partes respecto del hecho de que estas normas pueden ser diferentes y que las comunicaciones que se intercambien podrían no considerarse confidenciales en la otra jurisdicción.

Existen excepciones al principio de confidencialidad respecto de la información sobre la comisión o la planificación de delitos. El mediador o las otras personas

involucradas en la mediación pueden verse obligados a revelar cierta información a la policía y si la información se relaciona con un posible riesgo de que se cause un daño físico o psicológico al niño, posiblemente a otras organizaciones para el bienestar de los niños o a otros organismos para su protección.

5. Consideración del interés y del bienestar del niño

Como el resultado de la mediación en los conflictos parentales relativos a la custodia y al contacto afectan en forma directa al niño en cuestión, la mediación debe considerar el interés y el bienestar del niño. El mediador debe tener en cuenta el bienestar y el interés superior del niño debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y la necesidad que tienen de informarles y consultarles.

Considerar el interés y el bienestar del niño en cuestión no sólo le da la importancia debida a los derechos del niño, sino que también puede ser decisivo a la hora de otorgarle efecto jurídico al acuerdo de mediación. En muchos Estados, los tribunales deben aprobar los acuerdos parentales relacionados con la responsabilidad parental asegurándose de que el acuerdo sea compatible con el interés superior del niño.

6. Toma de decisiones fundadas y acceso apropiado a asesoramiento jurídico

El acuerdo amistoso de las partes debe ser el resultado de una toma de decisiones fundadas.

Deben tener pleno conocimiento de sus derechos y obligaciones, así como de las consecuencias jurídicas de sus decisiones. Debe mostrarse a las partes que se requiere información jurídica especializada como base para la discusión en las sesiones de mediación, para ayudar a las partes con la redacción del acuerdo de mediación y para otorgarle efecto jurídico. Las partes deben tener acceso a asesoramiento jurídico especializado. La Autoridad Central o el Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional establecidos a estos efectos pueden facilitar el acceso a esta información o también los representantes legales expertos de las partes la podrían proporcionar. En los casos en los que sólo una de las partes cuenta con representación letrada, el mediador debe mostrar a la otra parte la necesidad de acceder a información jurídica.

Modelos y métodos de mediación

1. Mediación directa o indirecta

La decisión de utilizar la mediación directa o indirecta, o una combinación de ambas, dependerá de las circunstancias del caso, por ejemplo, los costes relacionados con la ubicación geográfica y las acusaciones de violencia doméstica, etc. Esta decisión a su vez está relacionada con la de determinar el lugar de la mediación, una vez que se ha identificado a la reunión en persona como el camino a seguir.

Mediación directa: ambas partes participan directa y simultáneamente en las sesiones de mediación con el mediador ya sea en una reunión en persona con el mediador o en

una reunión a larga distancia mediante video, teleconferencia o comunicación vía internet.

Mediación indirecta: las partes no se reúnen en forma directa durante el proceso de mediación sino que el mediador se reúne con cada parte por separado

2. Co-mediación o mediación simple

Co-mediación: la mediación llevada adelante por dos mediadores, ha sido utilizada con éxito en los casos de sustracción internacional de niños por diversos esquemas de mediación establecidos específicamente para aquellos casos.

En los casos de sustracción internacional de niños con un alto grado de conflicto, la mediación es muy intensa y compleja; las discusiones de las partes pueden involucrar emociones; el uso de la co-mediación ha resultado ser ventajoso. La co-mediación aporta la experiencia, los conocimientos y la metodología de dos mediadores, lo que aumenta las posibilidades de acordar un resultado.

El hecho de que la co-mediación pueda asegurar que las partes nunca queden solas durante las sesiones de mediación es una ventaja. A la vez, debe considerarse que la mediación en los casos de sustracción internacional de niños debe realizarse dentro de un plazo acotado, por lo que es posible que las sesiones de mediación deban organizarse en una secuencia corta de sesiones de mediación de dos a tres horas.

Existen casos donde la co-mediación no es posible, porque sea más costosa que la mediación simple. También puede ser difícil hallar dos mediadores adecuados en tan corto plazo. Asimismo, si los dos mediadores no han co-mediado antes, puede haber un riesgo de que necesiten tiempo para ajustarse a la dinámica particular de la co-mediación.

3. Concepto de mediación bicultural bilingüe

Es una forma especial de co-mediación. Responde a las necesidades específicas de competencia intercultural y de aptitudes idiomáticas al mediar entre partes de distintos Estados de origen con distintas lenguas maternas.

La mediación debe estar a cargo de dos mediadores con experiencia en materia de familia: uno del Estado de origen y contexto cultural de cada una de las partes. En los casos en los que en los Estados de origen se hablen distintos idiomas, los mediadores tendrán las aptitudes idiomáticas necesarias, al menos uno de ellos debe tener una buena comprensión del otro idioma involucrado.

Hay dos cuestiones adicionales que los esquemas de mediación donde se utiliza tratan de equilibrar el género y la experiencia profesional de los mediadores. En estos esquemas, la co-mediación está a cargo de una mediadora y de un mediador, uno con formación jurídica y otro con formación sociopsicológica. Permite la combinación de la experiencia profesional y la competencia cultural para manejar distintas cuestiones de mediación.

Importa el contexto cultural del mediador y la capacidad de comprender los valores y las expectativas de las partes, así como la capacidad de traducir la comunicación verbal

y no verbal relacionada con la cultura de modo tal que sea más comprensible para la otra parte.

La co-mediación ‘bicultural’ ‘bilingüe’ puede proporcionar a las partes un marco adecuado para la generación de confianza y un entorno en el que las partes se sientan comprendidas y reciban asistencia para comunicarse de parte de una persona con su propio contexto cultural e idiomático. Los mediadores deben resaltar su rol como terceros neutrales e imparciales.

Las desventajas pueden consistir en sus implicancias en materia de costes. Puede ser aún más difícil hallar mediadores adecuados y disponibles para la co-mediación regular en un plazo tan acotado si la mediación también debe ser ‘bigénero’ y ‘biprofesional’. La Autoridad Central o el Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional deben poner la información sobre los posibles modelos de mediación a disposición de las partes interesadas.

Participación del niño

En las controversias familiares internacionales relativas a los niños, la participación del niño en la resolución de la controversia puede atender distintos fines. En primer lugar, escuchar sus opiniones proporciona un entendimiento profundo de sus sentimientos y deseos. En segundo lugar, puede abrir los ojos de los progenitores a los deseos del niño y ayudarles a tomar distancia de sus propias posiciones en pos de una solución común aceptable. En tercer lugar respeta el derecho del niño a ser escuchado a la vez que brinda una oportunidad para que el niño esté informado acerca de lo que está sucediendo.

Participación del niño en los procedimientos de restitución de La Haya y los procedimientos de derecho de familia

En los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 las opiniones del niño, dependiendo de su edad y grado de madurez, pueden ayudar a la decisión del juez. El tribunal podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Además una persona de más de dieciséis años tiene una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa.

La jurisprudencia en muchos Estados contratantes refleja la creciente toma de consciencia respecto de la necesidad de una representación por separado del niño en determinados casos difíciles de sustracción. En algunos Estados los jueces en los procedimientos en materia de familia relativos a la responsabilidad parental escuchan directamente al niño; se puede entrevistar al niño en una audiencia normal del tribunal o en una audiencia especial, donde el juez entrevista al niño solo o en presencia de un asistente social, etc. Pero incluso entre los países que involucran directamente a los niños en los procedimientos judiciales, las opiniones difieren en lo que respecta a la edad más temprana en la cual se puede involucrar a un niño.

La voz del niño en la mediación

Es confirmando este principio por el Comité sobre los Derechos del Niño. Estableció en su Comentario General de 2009 que el derecho ‘a ser escuchado en cualquier procedimiento judicial y administrativo que afecte al niño’ también es necesario que se respete cuando esos procedimientos ‘involucren mecanismos alternativos de solución de controversias tales como la mediación y el arbitraje’.

Cuando se trata de ‘escuchar la voz del niño’ en la mediación existen dos grandes diferencias en comparación con los procedimientos judiciales. En primer lugar, el medio a través del cual se puede introducir la voz del niño en el proceso de mediación puede diferir de aquellos disponibles en el contexto de los procedimientos judiciales. En segundo lugar, hay una diferencia en la forma en la cual se pueden considerar las opiniones y deseos del niño.

El hecho que consiste en determinar si la voz del niño puede introducirse en el proceso de mediación y a través de qué medio dependerá del acuerdo de los progenitores en cuanto a un procedimiento determinado. Los mediadores no están en posición de citar al niño a una audiencia ni de ordenar que un experto entreviste al niño y redacte un informe. El mediador sólo puede llamar la atención de los progenitores respecto de la importancia de escuchar la voz del niño y señalar que el tribunal al que se le haya solicitado que le otorgue efecto vinculante al acuerdo y lo torne ejecutorio puede determinar si las opiniones del niño se han considerado en forma suficiente. La persona que entreviste al niño debe contar con formación especializada, a fin de garantizar que la consulta se lleve a cabo ‘de manera comprensiva, y adecuada en su desarrollo’ y asegurarse de ‘que el estilo de consulta evita y le quita toda carga a la toma de decisiones por parte niño’.

Dependiendo del sistema jurídico en cuestión, puede que el mediador deba recordarles a los progenitores que la aprobación judicial del acuerdo podrá depender de que se hayan protegido de manera adecuada los derechos e intereses de los niños.

Possible participación de terceros

Para llegar a una solución sustentable en una controversia familiar, algunas veces puede ser útil incluir dentro del proceso de mediación a una persona que tenga un vínculo estrecho con una o ambas partes y cuya cooperación sea necesaria para implementar con éxito el acuerdo amistoso. Esta persona puede ser la nueva pareja de uno de los progenitores o un abuelo. Dependiendo del contexto cultural de las partes, estas podrían desear que participe de la mediación un representante mayor de su comunidad.

Es una de las ventajas de la mediación que el proceso sea lo suficientemente flexible para que se incluyan personas que no tienen legitimación jurídica en el caso pero que pueden ejercer una influencia en el éxito de la resolución de la controversia. El mediador tendrá que decidir caso por caso si es factible incluir a un tercero en una sesión de mediación o en parte de ella sin poner en peligro la efectividad de la mediación.

La asistencia de un tercero a una sesión de mediación o el organizar que un mediador entreviste a un tercero presupone el acuerdo de ambas partes. En el caso de

que un tercero participe en las comunicaciones en el marco de la mediación, se debe abordar el tema de la confidencialidad. En lo que se refiere al acuerdo amistoso logrado a través de la mediación, se debe hacer hincapié en que se trata de un acuerdo entre las partes y que el tercero no se convierte en parte de ese acuerdo.

Preparación del contacto entre el progenitor perjudicado y el niño durante el proceso de mediación

La sustracción de niños a menudo lleva a una interrupción repentina y total del contacto entre el progenitor perjudicado y el niño. Esto es muy doloroso para ambos y puede, dependiendo de la duración de la interrupción del contacto, llevar a la alienación. A fin de proteger al niño de mayores daños y en vista del derecho del niño a mantener contacto con ambos progenitores, es importante la restauración rápida del contacto entre el niño y el progenitor perjudicado.

Si el progenitor perjudicado está viajando al Estado requerido en ocasión de una audiencia del tribunal relativa a los procesos de restitución de La Haya o para una reunión de mediación, es recomendable que se consideren medidas para permitir una reunión en persona entre el niño y el progenitor perjudicado. Este es un paso valioso en pos de la reducción de la tensión del conflicto. En particular en la mediación, donde el diálogo constructivo entre las partes resulta crucial, esas reuniones en persona pueden ser de ayuda. Los mediadores con experiencia en los casos de sustracción internacional de niños reconocen los efectos positivos de ese contacto en persona en el propio proceso de mediación

Salvaguardias / Elusión de una nueva sustracción

Puede ser necesario el establecimiento de salvaguardias para garantizar el respeto de los términos y condiciones de los acuerdos de contacto provisional y a los fines de eliminar cualquier riesgo de nueva sustracción.

Tales salvaguardias pueden incluir:

- Entrega de pasaporte o documentos de viaje y la solicitud de que los consulados / embajadas extranjeros no emitan nuevos pasaportes / documentos de viaje para el niño;
- La exigencia de que el progenitor solicitante se apersona regularmente ante la policía u otras autoridades durante el periodo de contacto;
- El depósito de una garantía financiera o fianza;
- La supervisión del contacto por un profesional o miembro de la familia;
- La restricción de los lugares en donde puede tener lugar la visita, etc.

Cooperación estrecha con las Autoridades Centrales y las autoridades administrativas y judiciales

En virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, la Autoridad Central tiene la responsabilidad de ‘permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita’. El Convenio de 1980 obliga a las Autoridades Centrales a adoptar todas las medidas pertinentes para prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales. Durante un proceso de restitución pendiente de resolución, todo Estado contratante requerido puede adoptar las medidas

necesarias a fin de que el solicitante en el marco del proceso de restitución tenga contacto con el/los niño/s objeto de la solicitud. Se alienta a las Autoridades Centrales ‘a adoptar un enfoque proactivo y práctico a efectos del ejercicio de sus respectivas funciones en los casos internacionales en materia de visita/contacto’.

Los mediadores deben estar al tanto de la ayuda que las Autoridades Centrales pueden brindar al momento de organizar el contacto provisional entre el progenitor perjudicado y el niño sustraído. También de la necesidad de cooperación estrecha con las Autoridades Centrales y otros organismos con respecto a la adopción de las medidas de protección necesarias.

Los términos del acuerdo de mediación - Toma de conciencia

El mediador será el que redacte el ‘acuerdo’ o ‘memorando de entendimiento’ real de acuerdo con la intención de las partes. Es probable que los acuerdos de mediación en casos de sustracción internacional de niños incluyan: un acuerdo sobre la restitución o no restitución del niño y un acuerdo sobre el lugar en el que el niño debe establecer su nueva residencia; con quién vivirá el niño; la cuestión de las responsabilidades parentales y su ejercicio. Es probable que el acuerdo verse sobre asuntos financieros, tales como gastos de traslado, pero también, sobre el deber alimentario respecto del niño y del cónyuge.

Es importante que el acuerdo se redacte conforme con el marco jurídico aplicable, de manera que pueda gozar de efectos jurídicos en todas las jurisdicciones involucradas. El mediador puede remitir a las partes al marco jurídico nacional o internacional pertinente. Una vez que se ha redactado el acuerdo, es recomendable permitir ‘un período determinado de tiempo para la reflexión con anterioridad a la firma’. Dicho período debe usarse para hacer las consultas legales necesarias.

El acuerdo de mediación debe ser realista y tan detallado como sea posible en lo que respecta a todas las obligaciones y derechos a los que se refiere. Deben abordarse las siguientes cuestiones: si los progenitores llegan a un acuerdo respecto de la restitución del niño, las modalidades de la restitución, los gastos de viaje y la persona con quien va a regresar el niño y el lugar donde permanecerá el niño después de la restitución.

En un caso en el que progenitor perjudicado acepte que el niño pueda permanecer con el progenitor sustractor en el Estado al que el niño fue sustraído, siempre que sus derechos de contacto estén asegurados, los progenitores podrían acordar que el progenitor sustractor comprará los pasajes de avión para que el niño pase las vacaciones de verano en el Estado de residencia anterior con el progenitor perjudicado.

Cómo hacer que el acuerdo sea jurídicamente vinculante y ejecutorio

Con vistas a su funcionamiento como base para una resolución de conflictos sustentable, el acuerdo amistoso alcanzado en la mediación debería cumplir con los requisitos para el goce de efectos jurídicos en los Estados involucrados y debería

tornarse jurídicamente vinculante y ejecutorio en dichos Estados con anterioridad al comienzo de su implementación práctica. La ejecutoriedad en todos los sistemas jurídicos involucrados es esencial en los casos en que el acuerdo amistoso incluye el ejercicio transfronterizo de la responsabilidad parental. El niño afectado debe ser protegido de una posible nueva sustracción en el futuro o de cualquier otro daño causado por el incumplimiento del acuerdo por parte de un progenitor. Una vez que los progenitores hayan llegado a un acuerdo, la restitución del niño debería implementarse con la mayor celeridad posible a fin de evitar la alienación del niño.

La solución acordada en una mediación debe documentarse por escrito y estar firmada por ambas partes. Dependiendo de los asuntos que se hayan tratado en el acuerdo de las partes y sobre la base de la ley aplicable, el acuerdo puede constituir un contrato jurídicamente vinculante entre las partes desde el momento de su perfeccionamiento.

Podría generarse una situación en la cual, entre los diferentes asuntos tratados en el acuerdo de mediación, algunos sean de libre disposición para las partes y otros no, y que de acuerdo con la ley aplicable, el acuerdo sea vinculante de manera inmediata para las partes respecto de los asuntos de libre disposición, mientras que la última parte del acuerdo dependerá de la aprobación de un tribunal. Esta puede ser una situación desafortunada si no se obtiene la aprobación del tribunal respecto del resto del acuerdo, ya que las partes usualmente llegan a un acuerdo relativo a un ‘paquete’ completo y el acuerdo parcialmente vinculante podría favorecer a una de las partes. Es recomendable que, con anterioridad a la conclusión del acuerdo de mediación, haya un ‘recreo’ para que las partes reciban asesoramiento jurídico de especialistas con relación a las consecuencias legales de lo que están a punto de consensuar y sobre si el contenido de su ‘acuerdo provisorio’ cumple con la ley aplicable a dichos asuntos en los diferentes sistemas jurídicos involucrados.

Si la validez de todo el acuerdo o parte de él depende de la aprobación de un tribunal, los términos del acuerdo deben incluir que su entrada en vigor estará sujeta a la condición de que se obtenga la aprobación del tribunal.

No todo acuerdo que sea jurídicamente vinculante respecto de las partes en un sistema jurídico sea automáticamente ejecutorio en dicho sistema jurídico. En los sistemas jurídicos en los que los acuerdos en materia de responsabilidad parental requiera la aprobación de autoridades judiciales o administrativas para ser jurídicamente vinculantes, la medida que concede la aprobación con frecuencia será al mismo tiempo la medida que torna al acuerdo ejecutorio en dicha jurisdicción. Por otro lado, un acuerdo parental que es jurídicamente vinculante en un sistema jurídico puede necesitar notariación u homologación judicial a fin de tornarse ejecutorio, excepto que la legislación de dicho Estado disponga lo contrario.

En lo que respecta al otorgamiento a un acuerdo que se ha tornado ejecutorio en un sistema jurídico (Estado A) de efecto jurídicamente vinculante y ejecutorio en el otro sistema jurídico pertinente (Estado B), por lo general, pueden considerarse dos vías:

(1) La vía del reconocimiento y de la ejecución en el Estado B: Una orden judicial obtenida en el Estado A que contenga el acuerdo puede ser reconocida en el Estado B, ya sea porque un instrumento internacional, regional o bilateral dispone el

reconocimiento o porque la orden judicial de un tribunal extranjero puede ser reconocida en dicho sistema jurídico de conformidad con la legislación del Estado B. Con respecto a la ejecución real del acuerdo amistoso, puede requerirse una declaración adicional de exequátur o el registro en el Estado B.

(2) La vía que consiste en llevar el propio acuerdo al Estado B y realizar las gestiones necesarias a fin de otorgarle efecto vinculante y tornarlo ejecutorio: Las partes podrían recurrir a las autoridades del Estado B con su acuerdo y solicitar que se le otorgue efecto vinculante y ejecutorio en virtud de los procedimientos internos.

En virtud del Convenio de 1996, una orden judicial que enmarque un acuerdo relativo a la custodia o contacto en un Estado contratante constituye una ‘medida de protección’ y será reconocido de pleno derecho y ejecutorio en todos los Estados contratantes. El reconocimiento se obtiene sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno en otros Estados contratantes. En relación con la ejecución real de la medida, resulta necesaria la declaración de exequátur o el registro.

Tanto el Convenio de la Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores como el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños se basan en la idea de que, en una situación de sustracción de niños, las autoridades del Estado al que el niño fue sustraído tendrá la facultad de decidir acerca de la restitución del niño pero no acerca del fondo de la custodia.

La participación de autoridades diferentes, posiblemente en Estados diferentes, podría ser necesaria a fin de otorgar efecto vinculante y ejecutorio al acuerdo en su totalidad en los sistemas jurídicos pertinentes. En tales casos, puede que se necesite asesoramiento jurídico especializado acerca de las medidas que deben adoptarse y en cuál de los Estados involucrados.

El acceso a la información sobre dónde buscar el asesoramiento jurídico de expertos y sobre las medidas necesarias para que un acuerdo sea declarado ejecutorio en los Estados involucrados puede ser facilitado por la Autoridad Central u otro organismo que funcione como Punto de Contacto Central para la mediación internacional en materia de familia en las jurisdicciones pertinentes.

La cooperación entre las autoridades administrativas / judiciales de los distintos Estados involucrados puede ser necesaria para garantizar la ejecutoriedad del acuerdo en las distintas jurisdicciones.

Los Estados deberían facilitar procedimientos simples a través de los cuales los acuerdos de mediación puedan ser aprobados y / o declarados ejecutorios por la autoridad competente. Si no existen dichos procedimientos, los Estados deberían examinar la conveniencia de introducir disposiciones regulatorias o legislativas que faciliten dichos procedimientos.

Cuestiones de competencia y normas de ley aplicable

La consideración de las cuestiones de competencia y ley aplicable es crucial en el marco de las controversias familiares internacionales al momento de garantizar la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación en los distintos Estados involucrados. Bien

puede ser que el alcance de la mediación deba adaptarse teniendo en cuenta esto debido a las complicaciones que la inclusión de determinadas cuestiones adicionales podría acarrear.

Los tratados multilaterales que contienen normas en materia de competencia, por lo general, se ocupan de la competencia internacional mientras que dejan la regulación de la competencia nacional en manos de los distintos Estados particulares. Con respecto a la **competencia internacional** en los casos de sustracción internacional de niños, debe prestarse atención a las implicancias que pueden surgir de la combinación de: **(1)** la cuestión de la restitución o no restitución del niño, y **(2)** la regulación de los derechos de custodia y contacto que han de implementarse luego de la restitución o no restitución. Es el propio traslado o retención ilícitos el que crea una situación de competencia especial en los casos de sustracción internacional de niños que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y / o del Convenio de La Haya de 1996. Conforme a un principio de competencia internacional de amplia aplicación, el tribunal de la residencia habitual del niño es el que tiene competencia para tomar decisiones a largo plazo respecto de la custodia y del contacto con el niño y sobre la reubicación de la familia en países transfronterizos.

El principio está basado en la premisa de que el tribunal de la residencia habitual del niño es el foro más adecuado para decidir sobre el asunto de la custodia debido a que es el tribunal que tiene vínculos más estrechos con el medio regular del niño. Es el tribunal que puede evaluar fácilmente las condiciones de vida del niño y que está más capacitado para tomar una decisión en el interés superior del niño.

En una situación de sustracción, el Convenio de 1980 protege los intereses del niño impidiendo que un progenitor establezca ‘vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor’. ‘Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor’, los tribunales del Estado requerido no ‘decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio’.

En la misma línea el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños establece que, en el caso del traslado o la retención ilícitos de un niño, las autoridades del Estado en el que el niño tenía su residencia habitual con anterioridad al traslado o a la retención conservan su competencia en materia de custodia hasta que se cumplan una serie de condiciones.

El tribunal que entiende en el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya gozará de competencia exclusivamente respecto de la parte **(1)** del acuerdo, la restitución o no y no gozará de competencia para aprobar la parte **(2)** del acuerdo sobre derechos de custodia y contacto a largo plazo. Si el tribunal incluyera el acuerdo completo de los progenitores en su orden judicial con la cual concluye el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, la orden judicial no podrá ser vinculante respecto de los tribunales del Estado requirente en cuanto a las cuestiones de custodia a largo plazo debido a la falta de competencia en la materia.

La sustentabilidad de un acuerdo amistoso alcanzado en el marco de un caso de sustracción internacional de niños dependerá de la cooperación entre las autoridades judiciales del Estado requerido y las del Estado requirente al momento de ayudar a las partes en sus esfuerzos por otorgar efecto jurídicamente vinculante y ejecutorio al acuerdo en ambos Estados.

Las Autoridades Centrales deberían brindar a las partes y los tribunales el mayor apoyo posible mediante el suministro de información, al igual que apoyar sus esfuerzos por superar los obstáculos de competencia al otorgamiento de efecto jurídicamente vinculante y ejecutorio al acuerdo de mediación tanto en el Estado requerido como en el Estado requirente. Además de las cuestiones de competencia, las cuestiones de ley aplicable pueden desempeñar un rol importante en la mediación en el marco internacional del derecho de familia. El acuerdo alcanzado en la mediación debe ser compatible con la ley aplicable a fin de servir como fundamento viable de la resolución de controversias. Las partes de una controversia familiar internacional deben tener conocimiento de que la ley aplicable a determinadas cuestiones abordadas durante la mediación no es necesariamente la ley del Estado en el cual la mediación se está desarrollando.

Deben saber que incluso existe la posibilidad de que las leyes de distintos Estados sean aplicables a las distintas cuestiones ventiladas en la mediación. Las disposiciones del acuerdo de mediación, en la medida en la que se refieren a cuestiones de custodia y contacto a largo plazo, deberán ser compatibles con el derecho sustantivo del Estado de residencia habitual del niño

El uso de la mediación para prevenir la sustracción de niños

Al reconocer que la ruptura de una relación entre personas de diferentes Estados es un elemento esencial en muchos casos de sustracción internacional de niños, asegurar un acuerdo voluntario en la fase en que los progenitores se están separando o están discutiendo sobre asuntos de custodia o derechos de visita es una medida preventiva útil en sí misma.

A su vez, el uso de la mediación para asegurar que los acuerdos de contacto sean respetados (tanto dentro de los límites territoriales de un Estado como de manera transfronteriza), puede ayudar a evitar situaciones que conlleven a la sustracción internacional de niños.

Facilitar la provisión de información sobre la mediación y las medidas necesarias para que un acuerdo de mediación sea ejecutorio en las dos jurisdicciones afectadas a través de Autoridades Centrales o Puntos de Contacto Centrales sobre la mediación internacional en asuntos de familia ayudará a promover la mediación como medida para la prevención de sustracción de niños

Otros procesos para lograr acuerdos amistosos

Esta Guía pretende promover procesos que dan lugar a acuerdos amistosos para el arreglo amigable de controversias familiares internacionales que involucren a los niños.

Además de la mediación, se han desarrollado y se aplican de manera exitosa a las controversias familiares en distintos países muchos otros procesos que dan lugar a acuerdos amistosos. Entre estos se encuentran la **conciliación, la coordinación de la crianza de los hijos, la evaluación temprana neutral**, y modelos de propugnación de la resolución de conflictos tales como los enfoques del **derecho colaborativo o del derecho cooperativo**.

La promoción de procesos que den lugar a acuerdos amistosos en los distintos sistemas jurídicos también se refleja en el enfoque cambiante de los abogados hacia la propugnación del derecho de familia. En la actualidad, los abogados tienden a concentrarse más en alcanzar acuerdos como el mejor resultado posible para sus clientes.

En el **‘derecho colaborativo’** las partes son asistidas por abogados colaborativos que emplean técnicas de negociación de solución de problemas en función de sus intereses para resolver la controversia sin recurrir a los tribunales. Cuando no se llega a acuerdo alguno y la cuestión debe resolverse en un proceso judicial, los abogados colaborativos se encuentran inhabilitados para continuar la representación y, es por ello entonces, que las partes necesitan una nueva representación en dicho caso.

El modelo de **‘derecho cooperativo’** sigue los principios del modelo de **‘derecho colaborativo’**, excepto en lo que se refiere a la inhabilitación de los representantes cuando la cuestión debe someterse al entendimiento de un tribunal. El uso de procesos que den lugar a acuerdos amistosos disponibles para las controversias familiares en el ámbito nacional debería considerarse en las controversias familiares internacionales.

Las buenas prácticas establecidas en esta Guía con relación a la mediación deberían adaptarse a estos otros procesos. Se anima a los Estados a poner a disposición de las partes en sus jurisdicciones información respecto de los procesos que den lugar a acuerdos amistosos que puedan aplicarse en los casos de sustracción internacional de niños. Esta información podría estar proporcionada a través de las Autoridades Centrales y los Puntos de Contacto Centrales para la mediación familiar internacional.

El uso de la mediación y otros procedimientos análogos para lograr una solución amigable en casos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya

Cuando las controversias familiares internacionales relativas a los niños involucren a dos Estados entre los cuales no estén en vigor ni el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, ni el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños ni otro marco jurídico internacional o regional pertinente, la mediación u otros procesos que den lugar a acuerdos amistosos pueden ser el único recurso y la única manera de ayudar a los niños en cuestión a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

El Grupo de Trabajo sobre Mediación en el contexto del Proceso de Malta desarrolló los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta. Los Estados deberían promover el establecimiento de estructuras de mediación del modo indicado en estos Principios. Concretamente, los Estados deben considerar la designación de Puntos de Contacto Centrales para la mediación internacional en materia de familia con el fin de facilitar información sobre

los servicios de mediación disponibles y otra información útil. Además, los Estados deberían promover las buenas prácticas relativas a la formación de los mediadores para la mediación internacional en materia de familia y relativas al proceso de mediación internacional.

Ante la ausencia de un marco jurídico regional o internacional aplicable en los casos de sustracción internacional de niños, la mediación se lleva adelante en circunstancias muy especiales. Si fracasa la mediación o cuando el acuerdo de mediación se torna ejecutorio en las jurisdicciones pertinentes pero algo funciona mal con su implementación práctica, no hay marcha atrás para una solución a través de procesos judiciales. Por tanto, es crucial que cualquier acuerdo amistoso alcanzado en estos casos sea jurídicamente vinculante y ejecutorio en los distintos sistemas jurídicos involucrados antes de comenzar con su implementación práctica.

El suministro de información respecto de cuáles son los trámites necesarios para otorgarle efecto jurídico a un acuerdo debería ser facilitado por un organismo central, por ejemplo, un Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional. Cuando sea necesario, los Estados deberán ‘analizar la conveniencia de incorporar disposiciones regulatorias o legislativas a efectos de la ejecución de los acuerdos de mediación’.

Los mediadores en las controversias familiares internacionales sobre custodia y contacto respecto de los niños a las que no se aplica ningún marco jurídico internacional o regional deberían ser conscientes del alcance de su responsabilidad. Deben llamar la atención de las partes en cuanto a las implicancias jurídicas de la inaplicabilidad de instrumentos jurídicos regionales o internacionales pertinentes, y en cuanto a la necesidad de obtener asesoramiento jurídico especializado así como también de hacer que el acuerdo sea ejecutorio en los sistemas jurídicos pertinentes antes de comenzar con su implementación práctica. Deben comprender que, incluso si su acuerdo resultó ejecutorio en las jurisdicciones involucradas con posterioridad a la mediación, los cambios en las circunstancias pueden afectar la ejecutoriedad del acuerdo en el futuro. Cualquier adaptación del contenido del acuerdo tendrá que ser reconocida por los sistemas jurídicos, proceso que demandará la cooperación de las partes.

Buen resumen. Aunque hubiera sido necesario una consulta bibliográfica más amplia.

IV. Jurisprudencia y sustracción internacional de menores

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene la importante labor de interpretar las normas de la UE, también en lo que respecta a la sustracción internacional de menores, una interpretación que debe tener en cuenta el nacionalismo judicial, el aumento de los matrimonios entre personas de diferentes nacionalidades, el paso rápido de fronteras y muy especialmente la necesidad de dar una rápida solución al conflicto, dado que, no cabe duda de que se trata de una carrera contra-reloj por la reanudación de una relación que nunca debió de interrumpirse.

En definitiva, los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia y que es preciso protegerle, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita y por ello de la importancia del papel de la jurisprudencia europea e interna para aclarar y poner a disposición de las partes de los mecanismos ágiles que permitan solucionar estas complejas y sensibles situaciones y los tribunales debe estar a la altura de esta exigencia.

El análisis de las sentencias nos va a permitir analizar una parte de la elevada casuística y su aplicación teniendo en cuenta las normas competentes en vigor en cada supuesto.

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DEL TJUE

- 1) La primera sentencia establece que el Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho que puede hacer ilícito, en el sentido del artículo 2, número 11, de dicho Reglamento, el traslado del menor por su madre o la no restitución de este.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por la SupremeCourt — Irlanda) — J. McB./L. E.

Objeto

Petición de decisión prejudicial — SupremeCourt — Interpretación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

— Menor cuyos progenitores no están casados — Derecho de custodia del padre — Normativa nacional que obliga al padre a obtener una orden de un tribunal competente con el fin de poder invocar el derecho de custodia del menor que haga ilícito el traslado o la no restitución del menor al lugar de su residencia habitual.

Cuestión Prejudicial

Si el Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de guardia y custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este a la obtención por el padre de una decisión del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho de custodia que puede hacer ilícito, en el sentido del artículo 2, número 11, de dicho Reglamento, el traslado del menor por su madre o su no restitución.

Fallo

El Reglamento (CE) nº 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de éste, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho.

Esta misma sentencia establecen los siguientes principios:

Acoger la interpretación según la cual no puede expedirse un certificado sobre la base del artículo 42 del Reglamento sin que se haya dictado previamente una resolución de no restitución.

Asimismo, que la «interpretación autónoma intra UE» significa, por lo tanto, que «una disposición del Derecho de la UE que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros debe ser interpretada en relación con su «sentido y su alcance», con arreglo a criterios uniformes propios del Derecho de la UE, que se alcanzará «teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar».

- 2) Con relación a la determinación de la persona a la que corresponde el derecho de custodia del menor, las siguientes sentencias precisan sobre ello.

STJUE, 5 de octubre 2010, as. C-400/10 PPU, J. McB. vs. L.E.

STJUE, 22 de diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, Mercredi.

Si el Derecho del Estado de residencia originaria del menor atribuye sólo a la madre el derecho de custodia de los menores, así será. El padre biológico de los menores puede, en consecuencia, no tener la patria potestad ni la custodia de los menores.

- 3) Dado que finalmente se impuso la tesis de la alteración del Convenio de la Haya de 1980 en la aplicación del Reglamento 2201/2003, una de sus correcciones tuvo un importante desarrollo jurisprudencial.

El art. 11.8 R.2201/2003 precisa que aun cuando se haya dictado una resolución de «no restitución» del menor según el art. 13 Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento 2201/2003 será ejecutiva a efectos de tal Reglamento:

STJUE 11 julio 2008, Inga Rinau

Garantizando el efecto útil del Reglamento 2201/2003 y el retorno «inmediato» del menor.

STJUE 1 julio 2010, as. C-211/10 PPU, *Doris Povse*

Estableciendo fuerza ejecutiva de una resolución que ordena la restitución de un menor tras una resolución de no restitución goza de autonomía procedimental, con objeto de no retrasar la restitución de un menor ilícitamente trasladado.

- 4) Con relación al establecimiento de normas de competencia judicial internacional.

STJUE, 1 de julio 2010, as. C-211/10 PPU, *Doris Povse*.

Un tribunal de un Estado miembro dictará una resolución sobre el derecho de custodia que puede ser ejecutada en otro Estado miembro, Estado en el que ahora se encuentra el menor. Una vez que la decisión dictada en el primer Estado miembro ha sido exequaturizada y ejecutada en el segundo Estado miembro donde ahora se encuentra el menor, si dicha decisión judicial ordena que la custodia se atribuya a un sujeto que tiene su residencia habitual o que decide trasladar su residencia habitual al Estado de origen, resultará que el menor deberá ser restituido al Estado miembro de origen.

- 5) Sobre las condiciones que tienen que darse para que el tribunal del Estado miembro de origen mantenga su competencia, nuevamente hay que citar la sentencia *Doris Pavse*.

Que toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención o que el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

- a) Que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor.
- b) Que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso primero
- c) Que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos

- d) Que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

También la sentencia aclara que el hecho de que este pronunciamiento sobre la cuestión de la custodia del menor prevea una revisión o un nuevo examen de esta cuestión de forma periódica, en un plazo concreto o en función de circunstancias determinadas, no priva a la resolución de su carácter definitivo.

- 6) Dentro de los requisitos que debe cumplir el certificado relativo a la restitución del menor, según modelo de formulario del anexo IV del Reglamento, se exige que se haya dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. Por ello, no es necesario que, en todo caso, se haya practicado la audiencia del menor, sino que se haya dado al mismo la posibilidad real y efectiva de expresarse libremente, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional la sentencia del TJUE 22 diciembre 2010, as. C-491/10 PPU, *Aguirre*, viene a establecer que el juez del Estado miembro de origen dispone, además, de un «*cierto margen de apreciación*» para decidir si debe ser oído el menor, en función del interés superior del menor y en función de las circunstancias de cada caso concreto.
- 7) La sentencia citada anteriormente también establece que el órgano del Estado miembro de destino no se halla facultado para «ejercer un control sobre las condiciones de emisión del certificado que expide el Estado de origen, todo tal y como establece la ya citada sentencia “Doris Povse” que indica que debe únicamente limitarse a «constatar la fuerza ejecutiva de tal resolución.

Esta misma sentencia también se manifiesta con relación a los posibles medios de oposición a la resolución judicial ejecutiva, solo cabe un procedimiento de rectificación o dudas en cuanto a su autenticidad que debe llevarse a cabo en el Estado de origen, posición compartida por la sentencia del TJUE de fecha 22 de diciembre 2010.

- 8) STUE, de 2 de abril de 2.009, con relación a la resolución de guarda y custodia de niños que viven en Finlandia. Se plantean diferentes cuestiones sobre la competencia y la ejecución de una resolución previa en el que era el domicilio habitual de los niños con anterioridad en Suecia y que se pueden resumir en los siguientes términos:
 - a) Está comprendida dentro del concepto de «materias civiles», una resolución por la que se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores.

- b) Se entiende como «residencia habitual», como el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso.

Con relación a las medidas cautelares que puede adoptar un órgano jurisdiccional nacional, para adoptar una medida cautelar como la guarda de menores deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ha de ser urgente.
 - b) Frente a personas presentes en el Estado miembro de que se trate.
 - c) Con carácter provisional.
 - d) El órgano jurisdiccional nacional no estará obligado a remitir el asunto al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro. Sin embargo, siempre que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional nacional que haya adoptado las medidas provisionales o cautelares, debe informar de ellas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada de conformidad con el artículo 53 del Reglamento.
- 9) Sentencia del TJUE, de 15 de julio de 2010, asunto Purrucker. Reitera el criterio de la sentencia Doris Pavse, en el sentido de que las disposiciones de los artículos 21 y siguientes del Reglamento nº 2201/2003 no se aplican a las medidas provisionales en materia de derecho de custodia comprendidas en el artículo 20 de dicho Reglamento.
- 10) Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, en el asunto C-92/12 PPU resuelve cuestiones que si bien no son directamente vinculadas con sustracción internacional de menores sí que están vinculadas con las acciones que caben por las instituciones competentes en materia de protección de menores.
- a) La actuación de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dispone el acogimiento de un menor, en régimen cerrado, en un centro asistencial terapéutico y educativo situado en otro Estado miembro que implique, para su protección, una

privación de libertad durante un período determinado, está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento.

- b) No basta con que dé su aprobación el establecimiento en el que el menor ha de ser acogido. En circunstancias como las del asunto principal, en las que el órgano jurisdiccional del Estado miembro que dispuso el acogimiento tiene dudas acerca de si la aprobación se concedió válidamente en el Estado miembro requerido, ya que no se ha podido determinar con certeza cuál era la autoridad competente en ese último Estado, es posible proceder a una regularización con el fin de asegurarse de que el requisito de la aprobación que establece el artículo 56 del Reglamento se ha cumplido íntegramente.
- c) Un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ordena el acogimiento forzoso de un menor, en régimen cerrado, en un establecimiento situado en otro Estado miembro debe, antes de ejecutarse en el Estado miembro requerido, ser declarada ejecutiva en ese Estado miembro. Con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil, la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, sin que los recursos interpuestos contra tal resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo.

2. JURISPRUDENCIA INTERNA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2002, de fecha 20 de mayo de 2002.

Por su importancia y por tener un contenido que aclara importantes puntos vinculados con la sustracción internacional de menores, se lleva a cabo un extenso análisis sobre la misma.

RESUMEN

Resolviendo un recurso de Amparo nº 129/99, promovido por D^a Malgorzata Kolarz respecto del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, que no resolvió su recurso de apelación en un procedimiento de sustracción internacional de menores.

Esta Sentencia es señera en este asunto, por parte del Tribunal Constitucional en esta materia de Sustracción internacional de menores, pues marca un antes y un después en esta materia, manifestando que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no puede darse en supuestos de sustracción internacional de menores, habiendo D^a Malgorzata recurrido en amparo, en virtud del Art. 24.1 CE, como afectada de una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión ejercitada.

Los hechos probados son los que siguen (Antecedentes):

- a) La demandante, de nacionalidad polaca, contrajo matrimonio en Bochnia (Polonia), el 25 de diciembre de 1992, con Pavel LucjanKolarz, de cuya unión nació el 23 de marzo de 1993 una hija llamada AgataAgnieszkaPolarz.
- b) En 1995 D^a Malgorzata se trasladó a España, quedando la menor en Polonia.
- c) En 1997 la madre se trasladó a Polonia a instar el procedimiento de divorcio. En dicho procedimiento el Tribunal Provincial de Tarnow acordó con fecha de 21 de abril de 1998 que: «mientras duren los procedimientos referentes al presente caso, se ordena a la demandante entregar a la menor y se prohíbe a la demandante MalgorzataKolarz sacar a la niña fuera de la República de Polonia sin obtener previamente el permiso del Tribunal»
- d) La niña estuvo al cuidado de su padre hasta que de marzo a junio de 1998 la madre viajó con la niña a España sin el conocimiento del padre, por lo que D: Pawel solicitó a través de la Autoridad Central de su país, dirigido a la Autoridad Central de España, a la sazón el Ministerio de Justicia, reclamando la restitución de su hija, puesto que ésta se encontraba en España.

(El siguiente apartado es muy didáctico, pues nos indica que la reclamación siempre se debe hacer a través de las Autoridades Centrales de los países).

- e) En ejecución a dicha solicitud, el Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Justicia, como Autoridad Central en España, al amparo del art. 277 LOPJ y de conformidad con los arts. 1901 a 1909 LEC, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, e invocando el convenio de la Haya de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, promovió procedimiento de jurisdicción voluntaria para la restitución de la menor y tras la práctica de las correspondientes pruebas, el Juzgado de Primera Instancia declaró “que la menor AgataAgnieszkaKolarz ha sido trasladada a España ilegalmente por parte de su madre, por lo cual, dicha menor deberá ser reintegrada a Polonia bajo la custodia de su padre, atribuida por el Tribunal Provincial de Tarnow, para que éste resuelva en el correspondiente procedimiento de divorcio”.
- f) Requerida la madre para que manifestase si accedía voluntariamente a la restitución de la menor, compareció en el procedimiento y formuló oposición a la restitución, y tras la práctica de las correspondientes pruebas, el Juzgado de Primera Instancia declaró “que la menor AgataAgnieszkaKolarz ha sido trasladada a España ilegalmente por parte de su madre, por lo cual, dicha menor deberá ser reintegrada a Polonia bajo la custodia de su padre, atribuida

por el Tribunal Provincial de Tarnow, para que éste resuelva en el correspondiente procedimiento de divorcio”.

- g) Interpuestos varios recursos, finalmente el Abogado del Estado pidió la ejecución de lo acordado, que el Juzgado ordenó, llevándose a cabo la entrega de la menor a su padre el día 15 de octubre de 1998.
- h) En el Recurso de apelación de la madre la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto el 4 de diciembre de 1998, declarando «Que por haber quedado vacío de contenido el presente recurso de apelación, al haber sido ya restituida la menor a su país de origen, debemos declarar y declaramos no haber lugar a entrar en la resolución de la cuestión de fondo”.

LA RESOLUCION A LA CITADA SENTENCIA LA FUNDÓ LA AUDIENCIA CON LA SIGUIENTE MOTIVACIÓN:

La problemática del presente recurso, se enmarca en el ámbito de cooperación internacional regulado por el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores, de fecha 25 de octubre de 1980, y que fue ratificado por España mediante instrumento de 28 de mayo de 1987.

El mismo tiene por objeto, la restitución de los menores que hayan sido sacados ilegalmente de su país de residencia habitual.

Así, en su artículo 3, apartado a), se considera, a los efectos de la aplicación del convenio, que el traslado o retención de un menor es ilícito “cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”.

Por ello, el artículo 1, apartado a), dice que la finalidad del convenio es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

Y añade que esta restitución ha de hacerse con la mayor celeridad posible, en virtud de los intereses del menor, (a lo que podemos añadir, que también lo hace para evitar la desvinculación en su entorno habitual) en un plazo máximo de seis semanas, mismo plazo que designa el art, 11 del Convenio de la Haya de 1980 a fin de evitar tener que emitir una declaración sobre las razones de la demora.

Las exigencias de la celeridad del convenio, obligaron al Legislador español a promover una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada a través de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, que dio nuevo contenido a la sección segunda del título IV del libro II de aquélla, bajo la rúbrica general de “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

Y así, el nuevo artículo 1902 establece, en su último párrafo, que la tramitación del procedimiento tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de 6

semanas desde la fecha en que se hubiera solicitado ante el Juez la restitución del menor.

Abundando en dicho principio de máxima urgencia, previene el artículo 1908 que contra el auto dictado por el Juez de Primera Instancia, resolviendo si procede o no la restitución del menor, “sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días”.

Parece, por tanto, que en supuestos cual el que nos ocupa el Legislador no ha previsto las irreversibles consecuencias de una excesiva, aunque ajustada al convenio, celeridad en la tramitación, y ala vista de tal laguna legal, y dada la situación subyacente sobre la que debe operar el Tribunal, resulta inadecuado, en cuanto carente de toda ulterior transcendencia jurídica ejecutiva (dado que la niña ya ha sido devuelta al padre en Polonia), realizar en la presente alzada un pronunciamiento de fondo, que igualmente sería sumamente difícil partiendo de los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal, que no permiten concluir, con el debido conocimiento de causa, si el traslado fue o no ilícito, Por tanto “carente ya de toda finalidad práctica el recurso – “ab initio” formulado, la Sala ha de abstenerse de entrar en el examen y resolución de la cuestión de fondo suscitada.»

2. La demanda denuncia la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y por tanto lo hace mediante recurso de Amparo, pues se trata de un derecho fundamental, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión ejercitada, que, a juicio de la recurrente, se ha producido porque la Audiencia se abstiene de entrar a juzgar el fondo de la cuestión planteada, pese a que el recurso de apelación cumple todos los requisitos formales y procesales.

Tras diversas providencias finalmente se insta al Abogado del Estado, representante del Ministerio de Justicia como Autoridad Central de España, a presentar sus alegaciones, en las que pidió la denegación del Amparo solicitado pues entiende que el procedimiento regulado en los arts. 1901 a 1909 LEC, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 1/1996, con objeto de acomodar nuestra legislación al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, persigue la finalidad del convenio que es “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos» (art. 1 del Convenio).

En las cláusulas de este tratado internacional es bien apreciable la preocupación, casi obsesiva por la celeridad en los trámites y por la prontitud de la respuesta por parte del Estado requerido. En efecto, son varios, además del preámbulo, los preceptos que reiteran la exigencia de acción inmediata: art. 1; art. 7 -intr. art. 9; art. 11. Este último precepto, no se limita a encarecer la celeridad en la tramitación de estas peticiones, sino que fija un plazo límite de seis semanas para su resolución contado desde la fecha de su iniciación. Tras este plazo, se establece el derecho y el correlativo deber de dar explicaciones. Seis semanas, pues, para todo: para el trámite administrativo, para el procedimiento judicial en instancia y para la decisión de la apelación.

El Convenio aclara —art. 19— que estos procedimientos de restitución no afectan a la cuestión de fondo sobre la custodia, pues el Convenio no pretende otra cosa que resolver prejudicial e incidentalmente en los casos de traslado o retención, en un alcance amplísimo, definiéndose su ilicitud: no sólo cuando se haya realizado en contravención de un derecho de custodia atribuido según el derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual (art. 3.a), sino cuando el derecho

se ejercía de forma efectiva o se habría ejercido, de no haberse producido dicho traslado o retención (art. 3.b). El procedimiento no tiene pues, otra función que la de la reposición del menor a la situación de hecho que, en cuanto a su guarda, tenía antes de una sustracción, sin entrar en juicios sobre la residencia más conveniente para el menor o de las respectivas razones para su custodia, facilitando un punto de conexión sencillo como es la residencia del menor para definir los tribunales competentes y las reglas de fondo aplicables.

En suma, nos hallaríamos ante una pura medida cautelar innovativa, tendente a reponer a los menores en la situación de residencia que existía al tiempo de producirse su traslado. La Ley de enjuiciamiento civil ha incluido estos trámites en el marco de los actos de jurisdicción voluntaria y los encabeza bajo la rúbrica expresiva de «Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional»

La crítica va dirigida al mismo esquema legal, y está inspirada en una percepción del objeto del procedimiento mucho más amplia de la que en realidad tiene en el marco del Convenio.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en una respuesta única y por tanto comprende tanto el acceso al proceso de instancia cuanto el acceso a los recursos establecidos por la Ley. La Sentencia recurrida se abstiene de juzgar sobre el fondo de la reclamación por entender que ha concurrido en el supuesto una carencia sobrevenida de objeto, al haber sido entregada la niña a su padre en Polonia, y añadiéndose además la carencia de documentos para enjuiciar el pleito.

La crítica que cabe hacer a la Sentencia de la Audiencia, desde el punto de vista del tema que nos ocupa, y no sobre otras cuestiones procedimentales, es que se opera una confusión entre carencia de objeto del pleito y dificultad de ejecución. Una cosa es que sea difícil la recuperación de la niña, nunca imposible, y otra que la resolución carezca de finalidad, por ya haber sido devuelta al padre en Polonia.

Además tampoco parece convincente la causa alegada de carencia de finalidad práctica de la resolución del recurso en cuanto al fondo. Sobre la ilegalidad del óbice no previsto en la Ley de enjuiciamiento civil, se trata en este caso de la entrada por parte del Tribunal en una materia respecto de la cual carece de disponibilidad, no parece que el Juez o Tribunal pueda decidir de modo autónomo cuándo el mismo tiene o no finalidad práctica.

La nueva Ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000 acepta la confirmación del criterio señalado, es decir, la conexión entre terminación del proceso e interés legítimo de parte. Así, según el art. 22, será necesaria la petición de parte para declarar archivado el proceso por satisfacción extra-procesal de la pretensión «o por cualquier otra causa».

Una última crítica, como razón añadida para no entrar en el fondo de la pretensión, que se carece de documentación para determinar la licitud del traslado y que, para ello, necesitaría acordar, para mejor proveer, la remisión del expediente original, lo que provocaría un nuevo retraso. Sin embargo, entendemos que esto no sirve de excusa para no juzgar, no tendría por qué suponer un retraso considerable, atendidos los modernos medios de comunicación.

II. Fundamentos Jurídicos.

- 1. El presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si la Sentencia de la Audiencia, que declaró no haber lugar a entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada en el recurso de apelación que la ahora demandante del amparo interpuso contra el Auto del Juzgado que había declarado ilegal el traslado a España de su hija menor, por lo que debía*

ser reintegrada a Polonia bajo la guarda del padre, con fundamento en que el recurso había quedado vacío de contenido al haber sido ya ejecutada la restitución de la menor, vulneró o no su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

2. *El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.*
3. *La Audiencia acuerda no entrar en el fondo de la cuestión suscitada en el procedimiento, dejando por tanto sin resolver la pretensión impugnatoria ejercitada en el recurso de apelación frente a la resolución de primera instancia, al considerar que el recurso había quedado vacío de contenido al haberse ejecutado ya la resolución apelada, por 2 razones:*

a) *La Audiencia, tras analizar el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, en aplicación del cual el legislador español dio nueva redacción a los arts. 1901 a 1909 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, bajo la rúbrica general de «Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional» y atendiendo a la finalidad perseguida con el procedimiento que se establece en la referida regulación convencional y legal, que es la de conseguir con la máxima urgencia la restitución del menor ilegalmente trasladado de su país de origen, unida a la circunstancia de que el recurso de apelación sólo produce efectos devolutivos y nunca suspensivos (art. 1908 LEC), entiende que una vez reintegrado el menor a su país de origen, antes del pronunciamiento del Tribunal ad quem, la decisión de este Tribunal tendría simple valor de «una declaración de derechos meramente teórica, pero huérfana de toda transcendencia práctica».*

b) *La Sala justifica su fallo en la falta de los necesarios elementos de juicio que hacen sumamente difícil un pronunciamiento de fondo, dado «los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal, que no permiten concluir, con el debido conocimiento de causa, si el traslado fue o no ilícito».*

4. *El tribunal Constitucional no admite ninguno de esos fundamentos desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión. Y señala que aunque ciertamente el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tiene como finalidad*

«garantizar la restitución inmediata» de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquiera de los Estados contratantes (art. 1.a), y en aras de esta finalidad arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente, la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19). Pero aunque el legislador español, que es consciente de la finalidad perseguida con el referido Convenio y de la urgencia del proceso, como lo pone de manifiesto el art. 1902 LEC, admite sobre la resolución que se dicte la doble instancia, al disponer que contra el auto que dicte el Juez, cabrá recurso de apelación en un solo efecto que deberá «resolverse en el improrrogable plazo de veinte días» (art. 1908 LEC), y expresamente señala que la interposición del recurso no produce efectos suspensivos, forzosamente conduce a la consideración de que el legislador español ha tenido que prever, como una de las consecuencias posibles de la regulación procesal que establece, la hipótesis de que al tiempo de resolverse la apelación por el Tribunal ad quem, la resolución apelada ya haya sido ejecutada, pese a lo cual no permite al Tribunal de Apelación para dejar de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Por ello, la Audiencia debió entrar en el fondo de la cuestión planteada por la demandante del amparo, al no existir causa legal que excluyera esta obligación del órgano ad quem.

5. *Tampoco resulta razonable la consideración de que la decisión de fondo del recurso carecía de trascendencia jurídica, pues como apunta el Ministerio Fiscal, presente también al tratarse de un asunto de menores de edad, en aras de procurar el “interés del menor”, y como muestra de la cada vez mayor intervención de los poderes públicos para mejor garantizar la protección de los menores, la decisión que debe adoptarse en el marco del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, exige del órgano judicial dos pronunciamientos; uno, de carácter declarativo, por el que debe manifestarse sobre la licitud o ilicitud del traslado del menor a España desde el país de origen, y otro, de condena, por el cual, una vez declarado que el traslado del menor fue ilícito, en los términos del art. 3 del citado Convenio, debe ordenarse la restitución del menor al país de origen, siempre que no concurran alguno de los supuestos que excluyen esta obligación de restitución y que se regulan en el art. 13 del Convenio. Así planteada la cuestión, pese a la restitución de la menor a su país de origen, no carecía de relevancia que la Audiencia se pronunciase sobre la cuestión relativa a si la apelante había trasladado ilegalmente a su hija menor desde Polonia a España, máxime cuando ésta había sostenido*

durante todo el procedimiento que el padre no había tenido la efectiva guarda de la menor, que había estado siempre al cuidado y en compañía de los abuelos maternos.

6. Finalmente, tampoco puede aceptarse el argumento consistente en que «los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal» le impedían pronunciarse sobre el fondo de la cuestión suscitada en el recurso de apelación. Este razonamiento olvida la prohibición de non liquet y que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan (arts. 1.7 CC, 11.3 LOPJ y 448 CP).

TRIBUNAL SUPREMO

Una breve referencia a un conjunto de sentencias que nos puede ayudar a entender diferentes enfoques.

1) Sentencia de 31-01-2013

Con relación a una solicitud de modificación de medidas definitivas por parte de un padre que reside en España y la madre con el hijo en EEUU, todo ello motivado en el reiterado incumplimiento de la madre, finalmente no se admite con el siguiente argumento, que incide en **la paradoja del incumplidor**, como no ha dejado ejercer al otro progenitor, no hay vínculo con el hijo, y como no hay vínculo con el hijo, el interés superior del menor obliga a favorecer al que ha tenido la custodia. El uso abusivo de la custodia ha beneficiado al incumplidor.

"supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce".

2) Sentencia de fecha 22 de junio de 1998

Regla de competencia internacional negativa, imposibilidad de entrar en el fondo del asunto cuando simplemente se proceda al retorno del menor.

- 3) Con relación a diferentes solicitudes de exequátur, matizan aspectos relacionados con sus requisitos. Las solicitudes parten de la falta de cumplimiento de los convenios reguladores firmados.

Auto de 15 de junio de 2.004
Auto de 20 de marzo de 2.002

BIBLIOGRAFÍA

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “Derecho Internacional Privado, volumen II”.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González y Antonia Durán Ayago. Sentencias dictadas por el TJCE sobre el reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento 1347/2000.

M. Herranz Ballesteros, “La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 mayo 2002”.

P. Jiménez Blanco, “Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores”.

Eugenio C. Llamas Pombo (Coord.), “Nuevos conflictos del Derecho de familia”.

J.M. de la Rosa Cortina, Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales,

C.M. Caamiña Domínguez, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau»,

M.M. Velázquez Sánchez “La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2201/2003”

V. Prensa y sustracción internacional de menores

La sustracción internacional de menores es un fenómeno social que, especialmente desde la década de los años ochenta, cada vez se produce con mayor frecuencia, fruto del incremento de las relaciones privadas internacionales. En la medida en que se trata de una problemática entre particulares, pero que tiene alcance internacional, ésta es, obviamente, una cuestión que afecta al Derecho Internacional Privado.

La prensa escrita española se ha hecho eco en numerosas ocasiones de casos particulares de sustracción internacional de menores, principalmente al verse, nacionales españoles, inmersos en esa situación. En estos casos, la relevancia venía dada, en síntesis, bien porque se requería un menor a un nacional español, o bien porque un nacional español requería un menor a un sujeto extranjero. Este enfoque periodístico del punto de vista del nacional español, hace que la inmensa mayoría de las noticias hayan sido tratadas como asuntos internos y que, por lo tanto, hayan sido ubicadas en la sección local, comarcal, provincial, autonómica o nacional del periódico que se tratare; raras veces una noticia de sustracción internacional de menores ha sido colocada en la sección de internacional, apartado periodístico normalmente reservado a la política internacional y a cuestiones de derecho internacional público.

El presente bloque del seminario está estructurado en dos apartados. El primero de ellos se compone de aquellos recortes de prensa que recogen aspectos generales de la figura de la sustracción internacional de menores y dan buena cuenta del incremento de este fenómeno social durante las últimas décadas. También se apuntan un par de noticias sobre las relaciones con Marruecos en esta materia. El segundo de los apartados aborda casos particulares.

La mayoría de los recortes de prensa ponen de relieve que, ante la quiebra de un matrimonio mixto, el progenitor extranjero suele regresar a su país de origen. En este sentido, podemos poner de ejemplo el caso de José María Cacho, que no puede ver a su hijo porque su ex mujer, de nacionalidad japonesa, se lo llevó al país asiático. Asimismo, es relevante el caso de María José Carrascosa, que tras separarse de su marido estadounidense, decidió terminar con su residencia en EEUU y regresa a España con su hija.

El caso de María José Carrascosa también nos puede ser útil para analizar la influencia que el nacionalismo judicial tiene en la resolución de las situaciones de sustracción internacional de menores. Así, mientras un juzgado español le adjudicó la guarda y custodia de su hija en virtud de sentencia de divorcio dictada con el consentimiento de las partes, un juzgado norteamericano entendió que el cambio de residencia habitual efectuado por María José, cuando ya ostentaba la guarda y custodia, constituía un supuesto de traslado ilícito.

Otra de las causas que puede dar origen a la sustracción es el derecho de visita del progenitor que no ostenta la guarda y custodia del menor. Esto es especialmente revelador en el caso de Francisco José Iborra que, ostentando la guarda y custodia de sus dos hijas, su ex mujer las sacó de España dirección EEUU.

“La Audiencia ampara la fuga de una madre y sus hijos de Noruega porque sufrieron abusos” es el titular de una noticia publicada por el diario *El Mundo* el 25 de febrero de 2004. Ello ilustra un elemento de importancia creciente en la figura de la sustracción internacional de menores: aquellos supuestos en los que la madre, que ostenta la guarda y custodia, es la secuestradora y el padre, que tiene derecho de visita, es maltratador. Otra noticia titulada “Una mujer debe dar dos hijos al marido denunciado por maltrato” va, por lo que respecta a la causa del problema, en la misma dirección.

Finalmente, todos los recortes de prensa relacionados más abajo, dan buena cuenta de que el paso rápido de fronteras es básico para que se produzca una sustracción. El hecho de poder transitar rápidamente de un país a otro a través de medios de transporte globales, modernos y veloces facilita el traslado internacional del menor.

V.1 Aspectos generales

JUEVES, 18 de abril de 2002

REPORTAJE

Secuestro de menores

La globalización y el nacionalismo jurídico incitan a la sustracción ilícita de un hijo por sus padres

MIKEL ORMAZABAL | San Sebastián | 18 ABR 2002

Archivado en: Niños Familia Secuestros Infancia Delitos Sociedad Justicia

La sustracción de menores por uno de sus padres para desplazarles ilícitamente a un país distinto al de su residencia habitual se está convirtiendo en una práctica cada vez más extendida. Recientemente han encontrado un eco especial los casos de Eneko Baumgart y Burak Kalemci, dos niños vascos que fueron retenidos por sus padres y trasladados a Yemen y Turquía, respectivamente. Son sólo dos ejemplos próximos de una problemática que 'va en aumento' por efecto de la globalización y la proliferación de 'matrimonios mixtos' (parejas de distinta nacionalidad). Ana Quiñones (Barcelona, 1957), profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y experta en esta materia, sostiene que 'la falta de instrumentos de cooperación internacional dificulta, sin duda, la devolución de los menores', además de los 'incumplimientos que cometen algunos países de los convenios de la ONU y de La Haya sobre los derechos y la protección de los menores'.

Eneko Baumgart, de siete años, retornó con su madre a Legazpi en abril de 2000 después de permanecer en Yemen durante más de un año secuestrado por su padre Axel Baumgart, de nacionalidad alemana y convertido al islamismo para recibir protección jurídica en este país. La profesora Quiñones opina que la justicia yemení dio la guardia y custodia a la madre sin aplicar una excepción que suele ser habitual en los países islámicos, consistente en 'impedir el retorno del hijo cuando éste no ha sido educado bajo la fe islámica o si su madre es extranjera'.

En cambio, la madre de Burak, Inés Nieto, vecina de Rentería, aún no ha logrado recuperarle. Perdió la pista de su hijo hace más de un año y sospecha que estará junto a su padre en algún lugar de Turquía. Este país ha suscrito el Convenio de La Haya, por lo que 'debe someterse a este acuerdo', que establece la obligación de 'restablecer la situación del menor anterior al desplazamiento o retención ilícitos', explicó ayer Quiñones en una conferencia titulada *Factores culturales y jurídicos en el desplazamiento internacional ilícito de un menor por uno de los padres*, pronunciada en la Facultad de Derecho de la UPV, en San Sebastián.

El secuestro civil de menores se ha incentivado, en parte, por la existencia de un 'nacionalismo jurídico', una tendencia 'chauvinista' de los tribunales a conceder la custodia al progenitor nacional', afirma esta profesora de Derecho.

No obstante, Quiñones aprecia en los últimos años la aparición de un 'mecanismo de defensa' en las madres con el fin de recuperar más fácilmente a sus hijos. 'Las madres cuyas parejas pertenecen a países islámicos toman la precaución de no contraer matrimonio, y especulan con que el derecho islámico no concederán la patria potestad al padre porque es un hijo extramatrimonial. Todo hijo nacido fuera del matrimonio es considerado hijo de la madre en los derechos de corte islámico'.

VIERNES, 28 de marzo de 2003

Más de 80 menores siguen retenidos en el extranjero por uno de sus progenitores

CHARO NOGUEIRA | Madrid | 28 MAR 2003

Archivado en: Custodia hijos Niños Secuestros Infancia Familia Delitos Justicia Sociedad

Más de 80 niños españoles, generalmente hijos de parejas mixtas, permanecen secuestrados en el extranjero. Allí fueron llevados por uno de sus progenitores en contra de la opinión del otro o, incluso, de la decisión de la justicia española. Sin embargo, desde que el pasado diciembre se tipificó como delito el secuestro de hijos, la situación ha comenzado a mejorar, según una organización de afectados.

El Ministerio de Justicia matizó ayer que resulta imposible conocer el número exacto de menores españoles retenidos en el extranjero por uno de sus progenitores. Un portavoz concretó que 66 pequeños permanecen secuestrados en países que han suscrito acuerdos para combatir el rapto paterno o materno (convenio de La Haya sobre sustracción de menores, convenio del Consejo de Europa y acuerdo bilateral con Marruecos). Los estados firmantes con mayor número de casos son EE UU y Marruecos (ocho niños españoles secuestrados en cada uno), Francia y el Reino Unido (seis en cada), México (cuatro) y Venezuela (tres).

A esos casos se añaden los de pequeños retenidos en países que no han suscrito los acuerdos internacionales (entre ellos figuran buena parte de los musulmanes, Cuba o la República Dominicana). "Existen en torno a 20 casos en esa situación", aseguran en el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Desde el pasado diciembre, el secuestro de los hijos es un delito castigado con penas de dos a cuatro años de cárcel. El endurecimiento de la ley ha permitido que "empiecen a moverse los casos", según una portavoz de la Asociación para la Recuperación de Niños Sacados de su País. Esta entidad trabaja en 14 casos.

La nueva normativa permite que se dicte una orden internacional de búsqueda y captura contra el sustractor. También fija medidas cautelares como la no concesión de pasaporte al menor en riesgo o la prohibición de cruzar la frontera sin autorización judicial.

LUNES, 13 de abril de 2009

Exteriores tramita 84 casos de sustracción internacional de hijos

La resolución se complica si el país de destino no firmó el Convenio de La Haya

PERE RÍOS | Barcelona | 13 ABR 2009

Archivado en: Custodia hijos VIII Legislatura España Ministerio de Exteriores Estados Unidos Niños Infancia Secuestros PSOE Legislaturas políticas Ministerios Familia Legislación española Código penal Gobierno Administración Estado Partidos políticos Normativa jurídica Delitos Legislación Política Administración pública

El Código Penal español define la sustracción de menores como "el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien convivía habitualmente". Eso es lo que hizo Cesáreo García Sánchez el 6 de noviembre de 1988, cuando fue a buscar a su hija de tres años a Sotillo de la Adrada (Ávila) para que pasara la tarde con él y no la devolvió. Fue detenido hace unas semanas en México; acabó ante la justicia española, pero quedó en libertad. Sólo se le acusa de desobediencia, porque la ley penal no se puede aplicar de forma retroactiva si perjudica al acusado, como ocurre en este caso.

Y es que hasta la reforma del Código Penal de 2002 la sustracción de menores no se consideraba delito en España. Ahora se castiga con penas de dos a cuatro años de cárcel, pero hasta entonces sólo se penaba con una multa, que es lo que, a lo sumo, le ocurrirá a García. Posiblemente así se explica que decenas de padres o madres separados españoles se llevaran a los hijos a la otra punta del planeta, o de la Península, sin dar ninguna explicación al otro, que era quien tenía atribuida la custodia.

Hasta 2002 no era delito en España y se castigaba con una sanción económica

La historia de la hija de Cesáreo García tiene un final feliz, aunque tardó. No es un caso insólito. El Ministerio de Asuntos Exteriores tramita en la actualidad 84 casos de sustracción internacional de menores en los que uno de los progenitores, de nacionalidad española, reclama la mediación de la diplomacia para recuperar a sus

hijos. Un portavoz ministerial explica que la mitad de estos casos presentan una solución relativamente sencilla, pues los niños sustraídos residen en países firmantes del Convenio de La Haya de 1980, suscrito para "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante".

Si los niños se encuentran en algún país de la Unión Europea, su recuperación resulta todavía más rápida porque en los últimos años se han aprobado reglamentos que regulan el reconocimiento y ejecución de una sentencia en otro país miembro.

Si no es así, se complica más aún la resolución, y cuando ya presenta una gran dificultad es cuando los niños acaban en países con un sistema judicial y de valores sociales que nada tienen que ver con los occidentales. Es lo que le ocurrió a Leticia Moracho, madrileña de 49 años, que el pasado día 22 de marzo regresó a España con Sara, su hija de 11 años, secuestrada por su padre en Irak durante dos años y medio.

Él era técnico naval y se conocieron en Madrid. Siempre fueron pareja de hecho y cuando se acabó la relación la justicia le atribuyó a ella la custodia de la pequeña. En el otoño de 2006, el padre le pidió que le dejara llevar a la hija a Irak para que conociera a su familia. Ya no la volvió a ver más.

"Con la niña allí, falseó toda clase de documentos para dar apariencia de legalidad", explica Moracho en conversación telefónica desde Málaga, donde pasa unos días de vacaciones. "Ahora he descubierto que, oficialmente, yo estaba casada y empadronada en Bagdad desde 1994. Él puso como testigos a sus hermanos y coló", prosigue la madre, quien confiesa que ha pasado mucho miedo por el futuro de la niña. "Si la hubieran forzado a un matrimonio se habría convertido en iraquí, pero llegamos a tiempo".

El pasado verano, Moracho viajó a Basora y advirtió a la justicia y a las autoridades iraquíes del engaño. El hombre fue condenado a 14 años de cárcel, pero lo que deseaba la madre era recuperar a la hija. Al final medió directamente el ministro de Asuntos Exteriores, Miguel Ángel Moratinos, quien preparó una reunión con los más altos representantes de la diplomacia, el poder judicial y el Gobierno iraquí.

El ministerio se hizo cargo esta vez de todos los gastos del segundo viaje de Moracho y la policía de Irak la protegió a todas horas. "Allí demostré el engaño y fue lo peor que le pudo pasar a él". La legislación iraquí no concibe un matrimonio sin papeles y una hija de una pareja no casada. Después de devolver a la niña, la condena inicial le fue conmutada al padre por otra de cuatro días. Moracho ha recuperado a su hija, pero está en paro y ha perdido todos los ahorros que tenía, "70.000 euros y 30.000 dólares", detalla.

Multa de 45.900 euros por impedir que un padre vea a su hija

El artículo 225 bis del Código Penal también considera sustracción de menores "la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa". Por tanto, no hace falta que un progenitor se lleve al hijo a la otra punta del planeta para considerarlo delito, sino que bastaría que impidiera que el otro pudiera verlo durante los días que fija la sentencia de divorcio.

Sin embargo, los jueces a considerar delictiva esta actuación y archivan casi siempre las denuncias por sustracción de menores que presenta un progenitor contra otro por incumplimiento del régimen de visitas. "Es un error derivar a la jurisdicción penal estas discrepancias en el ejercicio de la custodia de menores", asegura José Luis Utrera, titular del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Málaga, especializado en temas de familia. "Los miembros de la pareja tienen derecho a rehacer su vida en otra ciudad y lo que hay que velar es por el interés del niño", asegura. En las sentencias de divorcio que él dicta se especifica que los cambios de domicilio han de ser pactados y que, en caso de discrepancia, decidirá el juez.

Apartar a los niños

Pero el juez de familia tiene capacidad para actuar contra el padre para actuar contra el progenitor que aparta a los niños del otro. Uno de esos casos lo sentenció el pasado 11 de enero el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid, que multó con 45.900 euros a una mujer por haber impedido que el padre viera al hijo durante dos años, viviendo ambos en la misma ciudad. El juez calculó la cantidad a razón de 600 euros por cada fin de semana y 200 euros por día de vacaciones que la niña no estuvo con el padre.

En otros casos, también excepcionales, la justicia ha sido contundente con el progenitor que se marcha a la otra punta de España con el niño para perjudicar al ex cónyuge. El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla acordó el pasado 19 de enero desposeer a una madre de la custodia que tenía de su hijo de siete años y otorgárselo al padre porque la mujer se marchó a vivir a una aldea de la sierra madrileña.

El juez razona en su auto que todo el arraigo familiar y social del niño estaba en Sevilla, donde nació y se crió, y que nada justifica el traslado. Por eso, el juez considera que se ha colocado al menor en una situación de riesgo, pues ni siquiera está escolarizado y concluye que lo mejor para él es que el padre se haga cargo.

El 'caso Carrascosa' lleva dos años encallado

Uno de los casos que más repercusión mediática ha tenido en los últimos años es el de la valenciana María José Carrascosa, en prisión preventiva en Nueva Jersey desde noviembre de 2006 por haberse traído a España, en noviembre de 2004, a la hija que tuvo con Peter Innes, ciudadano norteamericano.

Desde entonces, la pareja se ha cruzado infinidad de denuncias judiciales y acusaciones, algunas de las cuales se demostraron falsas, de manera que el caso lleva casi dos años y medio encallado por una discusión sobre qué país es el competente para resolver el conflicto. El próximo 20 de abril se reunirán en La Haya jueces españoles y norteamericanos para intentar un acuerdo. Y es que, a pesar de que la pareja residió en Estados Unidos durante los cinco años que duró la relación, un juzgado de Valencia denegó la devolución de la niña el 6 de julio de 2005 al considerar que no existía sustracción de menores. Sin embargo, el Tribunal Superior de Nueva Jersey acordó cinco meses antes que la madre debía retomarla. Como no lo hizo, acabó en prisión.

"La niña está con los abuelos maternos y lleva cuatro años sin ver al padre. Pedimos que vuelva con él y, cuando la madre cumpla la pena, estamos por la custodia compartida", asegura Javier María Pérez-Roldán y Suanzes, abogado del padre.

No es el único caso de una madre que acaba perdiendo a los hijos por sustracción. En enero de 2007, la Audiencia Provincial de Asturias ordenó el regreso a Israel de los cuatro hijos que su madre, María Amor González, había sacado ilegalmente de allí en 2005, cuando tenían entre 6 y 13 años, tras la ruptura de la pareja. Los magistrados dieron la razón al padre invocando precisamente el Convenio de La Haya de 1980.

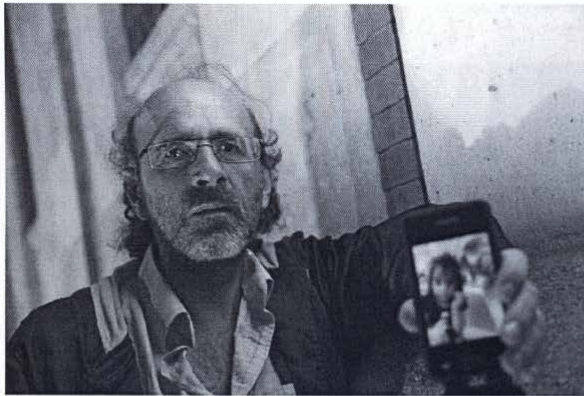
España reclama a 136 niños sacados del país por uno de sus padres

Las sustracciones internacionales de menores se triplican en una década
Menos de un 20% de casos se resuelve con una orden judicial de regreso

ALEJANDRA AGUDO | Madrid | 10 OCT 2012 - 00:00 CET

46

Archivado en: Hijos Menores Ministerio de Justicia CGPJ Parentesco Matrimonio Familia Inmigración Poder Judicial España Migración Legislación Sociedad Justicia



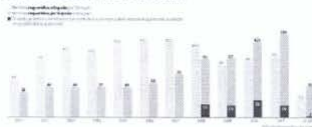
Antonio Blanco, padre cuya exmujer se llevó a su hija a Japón. / DAVID ARRANZA

"No quiero que mi hija, cuando crezca, me diga: 'Tu no venías'. Antonio Blanco, profesor de música de 50 años, ha tenido que viajar a Japón este verano para poder reunirse con su hija de 6. Su exmujer, nativa de ese país, se la llevó en agosto de 2009 pese a que una sentencia prohibía su salida de Salamanca, lugar de residencia de la familia. El periplo hasta el reencuentro en 2011 y el posterior acuerdo con la madre para establecer un régimen de visitas ha sido arduo. Blanco se ha dejado por el camino sus ahorros y dos años perdidos de la infancia de la pequeña.

El caso de Blanco es cada vez más habitual. El número de sustracciones

internacionales de menores no ha dejado de aumentar. En 2011 el Ministerio de Justicia tramitó 136 requerimientos de retorno de niños llevados al extranjero por uno de sus progenitores sin consentimiento del otro. Es una cifra "alarmante", según denunció el presidente del Consejo General del Poder Judicial, Gonzalo Moliner, esta semana en Salamanca. El dato del año pasado es muy superior a los 41 casos de 2001, los 70 de 2007 y los 95 de 2008. Y pueden ser muchos más porque el ministerio solo contabiliza los procesos en los que el país al que ha ido a parar el menor es firmante del convenio de La Haya. Japón no es uno de ellos.

SUSTRACCIÓN DE MENORES



La principal razón de este aumento es, según los expertos consultados por este periódico, el incremento de matrimonios entre cónyuges de distinta nacionalidad en España durante la época de bonanza. El conflicto surge cuando esas parejas se rompen y uno decide volver a su país de origen llevando a los hijos consigo sin consentimiento del otro. El convenio de La Haya establece que debe primar el lugar de residencia habitual. "Una vez se demuestra que es España, con matriculaciones de colegio o la tarjeta

sanitaria, lo requerimos a la autoridad judicial del otro país", explican desde el Ministerio de Justicia. "Pero la justicia tiende a ser muy proteccionista con sus nacionales", añaden las mismas fuentes. Los datos lo corroboran. En 2011 solo 20 de los 136 requerimientos se resolvieron con una orden judicial (sin posibilidad de apelación) del país al que fue sustraído el menor que obligase a su retorno. Esta cifra podría aumentar si se resuelven en este sentido procesos aún abiertos. Pero en años anteriores, con más cantidad de casos cerrados, el dato es muy parecido.

No quiero que mi hija me diga que yo no iba a verla",

Los padres cuyos hijos han sido sustraídos a países firmantes del convenio de La Haya pueden acudir al Ministerio de Justicia para que los reclamen. Cuentan además con asistencia legal gratuita. "Si el país implicado no forma parte del convenio no podemos hacer nada", aseguran fuentes ministeriales. Blanco no tuvo esta oportunidad porque Japón no

dice un afectado

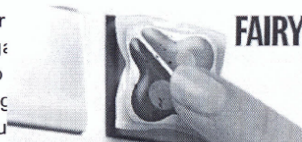
está entre los firmantes. Tardó un año en localizar que contratar a un detective privado. Ningún abogado cargo de su caso. Cuando lo consiguió en verano

Japón para reunirse con su hija, dos años después de su marcha. "Ella pre enseñé fotos juntos. Tuve ganas de llorar pero no me parecía apropiado qu fuera un señor llorando y me contuve", relata el padre. Tras seis meses de litigio llegó a un acuerdo con su exmujer para establecer un régimen de visitas. Seis horas a la semana siempre que él vaya al país nipón. A partir de 2016 podrá traerse a la pequeña un mes a España. Pese a que tiene reconocida la patria potestad de su hija, Blanco se conforma con estos términos. "¿Qué otra cosa puedo hacer?", lamenta al otro lado del teléfono. No deja de quejarse, sin embargo, de la indefensión que ha sentido, sin apoyo por parte de la justicia española.

Francisco Javier Forcada, miembro de la red internacional de jueces de la Convención de La Haya, apunta que en España no hay jueces especializados en el tema, situación que cree que debería cambiar. Pero mientras se "moderniza la legislación" recomienda que se prohíba expresamente, en las sentencias de divorcio, la salida de los hijos sin consentimiento de los dos progenitores o sin que lo autorice un juez, en caso de desacuerdo. "Evita que se malinterprete nuestra legislación en otro país", explica.

El incremento de matrimonios mixtos explica el fenómeno

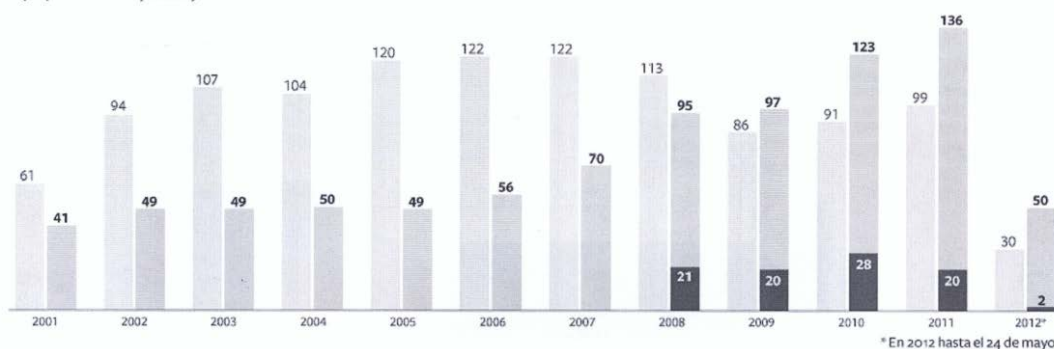
La Unión Europea ha habilitado una red de mediadores para que los padres puedan resolver qué hacer con los hijos cuando uno de los dos quiere marcharse a otro país. Ana Criado es una de las tres españolas que han formado para este tipo de intervenciones. La experta apunta que cuanto antes se comience un proceso de mediación, más fácil es que haya un acuerdo. "Se evita además el proceso judicial que es demoledor", señala. Pero este mecanismo es siempre voluntario y "normalmente las personas buscan la protección jurídica de su país", subraya Forcada. Lo que en la práctica se traduce en la sustracción del menor en busca de una sentencia favorable en casa. El tiempo transcurre, los procesos se dilatan más de lo establecido y los padres dejan de ver durante años a sus hijos. Los pequeños son en última instancia las víctimas de esta clase de conflictos al verse privados de una parte de su familia y, en muchos casos según los expertos, manipulados para creer que fueron abandonados.



© EDICIONES EL PAÍS, S.L. |

SUSTRACCIÓN DE MENORES

■ Menores **requeridos a España** por otro país
■ Menores **requeridos por España** a otro país
■ Órdenes de retorno de menores por parte de la autoridad judicial del país al que ha sido sustraído (sin posibilidad de apelación)



JUSTICIA | Sustracción de menores

Domingo 13/01/2013. Actualizado 12:40h.

64 niños fueron secuestrados por sus progenitores en 2012

- En 50 de los casos la denunciada fue la madre y en 12, el padre

Europa Press | Madrid

Actualizado **domingo 13/01/2013 12:40 horas**

Un total de **64 niños fueron sustraídos** ilegalmente por sus progenitores a lo largo de 2012, según se desprende de una respuesta parlamentaria del Gobierno, dirigida a la diputada socialista Ángeles Álvarez sobre el número de **sustracciones internacionales** de menores y el sexo y nacionalidad del progenitor infractor.

En concreto, en 50 de los casos **la denunciada fue la madre**, en 12 el padre, en una la tía del menor, y en la que resta los dos progenitores juntos.

Es más, el Gobierno detalla que las **nacionalidades** de las personas denunciadas eran de los siguientes países: Irán, Venezuela, Dinamarca, Angola, Islandia, Cuba, Reino Unido, Alemania, Kirguistán, Estados Unidos, Suiza, Panamá, Bolivia, Portugal y República Dominicana, Argelia (2), Rusia (2) Paraguay (2), México (3), Marruecos (3), Colombia (4), Rumanía (4), Brasil (5), Ecuador (7) y España (11).

En el resto de sustracciones internacionales de menores conocidas en el 2012, un progenitor tenía doble nacionalidad chileno-sueca, otro hispano-colombiana, dos hispano-brasileña y otros dos hispano-ecuatoriana, añade el Ejecutivo.

El Ministerio de Justicia es la autoridad competente para aquellos trámites derivados de la sustracción internacional de menores o el secuestro parental de niños.

© 2013 Unidad Editorial Información General S.L.U.

SÁBADO, 5 de abril de 2003

Denunciados 16 marroquíes desde 1997 por secuestrar a sus hijos en España

En diez casos, los menores volvieron con sus madres españolas

LYDIA GARRIDO | Valencia | 5 ABR 2003

Archivado en: Marruecos Niños Inmigrantes Política exterior Secuestros Magreb Infancia Familia Inmigración África Delitos España
Relaciones exteriores Migración Demografía Sociedad Justicia

España ha presentado desde 1997 a Marruecos 16 expedientes por secuestro de un menor por parte de su padre. Diez se han resuelto y otros seis están en tramitación. Es uno de los datos que evidencia la ineficacia en esa materia del convenio suscrito por ambos países en 1997 con el objetivo, entre otros, de que los traslados ilegales se resolvieran judicialmente de forma rápida gracias a una interpretación consensuada de las leyes de cada Estado. Así lo constató ayer Juan Pablo González, presidente de la comisión de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

González reconoció importantes diferencias en materia de familia entre Marruecos y España, y dificultades para aplicar los acuerdos suscritos. De los 16 expedientes que España ha presentado a Marruecos en los últimos seis años, 10 se han resuelto pero no por vía judicial sino por propuestas alternativas. Otros seis están aún pendientes. "Ha habido dificultades para la aplicación práctica", afirmó.

González, que participó ayer en la mesa de trabajo sobre derecho civil entre las delegaciones de España y Marruecos dentro del encuentro de Tribunales Supremos de los dos países que se celebra en Valencia desde el jueves, admitió que el escollo más importante es la patria potestad. Marruecos establece la filiación exclusivamente con el padre, mientras en España la patria potestad es compartida entre el padre y la madre. "Eso genera conflictos y provoca que las autoridades de un país o de otro recurran a la cláusula de orden público para denegar el reconocimiento a la ejecución de las decisiones extranjeras", explicó el representante del CGPJ.

Sin embargo, González también señaló que "en otras materias sí hay evidentes coincidencias, en lo que se refiere a régimen de tutela y la regulación de representación y administración de los bienes de los menores". El representante del CGPJ puntualizó que "los supuestos de sustracción internacional de menores en matrimonios mixtos plantean problemas no sólo con Marruecos, sino entre los países occidentales y los de cultura islámica por la diferencia de los sistemas".

Discrepancias

Las discrepancias se pusieron sobre la mesa en la comisión civil, dentro del encuentro bilateral. El objetivo era analizar la representación legal del menor y los problemas de interpretación y aplicación del convenio de asistencia judicial y restitución de menores suscrito entre España y Marruecos en 1997.

González explicó que "se intenta mejorar la agilidad en la tramitación de los procedimientos y avanzar en la unificación de la interpretación de nociones claves". A su juicio deben definirse

aún más los supuestos de desplazamiento ilícito y de violación de un derecho de custodia".

El representante del CGPJ señaló que uno de los obstáculos para resolver los casos en que un hombre de origen marroquí se lleva ilegalmente a su hijo, fruto de una relación con una española, es que la legislación marroquí tiene una importante componente religiosa.

La reunión de ayer pretende acercar posiciones para la aplicación del Convenio de Asistencia Judicial que, según González "afecta a intereses muy concretos y a una materia muy sensible".

El resultado se comprobará hoy cuando ambas delegaciones presenten las conclusiones de los debates, que incluirán recomendaciones para los jueces marroquíes y españoles.

González concluyó que es un buen punto de partida para avanzar: "La legislación marroquí tiene muchas instituciones encaminadas a la protección del menor".

A pesar de que ayer se celebraron también sesiones de trabajo sobre materia mercantil, laboral y penal, ninguna de las delegaciones quiso explicar en qué términos se plantearon los debates y cuáles son las dificultades de partida.

España y Marruecos acuerdan colaborar en derecho de Familia

Los conflictos sobre matrimonios y menores se disparan

MARTA SOLER | Almería | 22 DIC 2012 • 23:23 CET

3

Archivado en: Marruecos, Magreb, Familia, Andalucía, España, Política, Sociedad, Justicia



Conchi juega con su nieta en su casa de Almería. / FRANCISCO BONILLA

La proliferación de matrimonios mixtos es una realidad fruto de una sociedad que avanza, que se mueve y que no distingue entre fronteras para formar una familia. En España, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, se celebraron 25.262 matrimonios entre españoles y ciudadanos de otros países en 2011. En Andalucía, 4.109. Las diferencias culturales de la pareja se convierten en conflicto en aquellos casos en que el matrimonio se rompe.

Especialmente, si hay niños. Los menores padecen la disputa y las

presiones de sus progenitores y sus familias y, en la mayoría de los casos, su futuro queda en manos del juez.

La maraña tiende a complicarse según la nacionalidad de los progenitores y el lugar en el que se produzca el acuerdo o juicio por el divorcio y custodia de menores. España y Marruecos han decidido colaborar sobre esta cuestión debido al considerable número de uniones de personas de ambos países.

Marraquech acogió recientemente el VIII Foro Hispano-Marroquí de Juristas, donde se pusieron de relieve las principales reivindicaciones de los abogados de familia. La comisión del derecho de Familia fue presidida por la abogada almeriense y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de Abogados de Familia, Isabel Bonilla. Este organismo colabora de manera estrecha con los juristas marroquíes.

En este caso, el entendimiento y la cooperación judicial hispano-marroquí es absolutamente necesaria en cuestiones como ejecuciones de sentencia, traslados ilícitos, cumplimiento de visitas y sustracción de menores, mediación transfronteriza, reagrupación familiar, violencia de género y custodia de los menores. "El tema es muy complejo. Hay que decidir quién tiene la competencia: si el juez marroquí o el español; hay miembros que regresan a su país de origen tras el divorcio, menores que vienen y otros que han nacido aquí", explica la jurista almeriense.

De la complejidad de estas situaciones tiene plena constancia Conchi. Tiene la guarda y custodia de su nieta, de cerca de cuatro años, tras haber denunciado a su propia hija. Esta, se lamenta la abuela, quería "vender" a la menor a un súbdito marroquí inscribiéndole en el registro con los apellidos de este hombre —que no es su padre— para que obtuviera la nacionalidad española. Hace cuatro años, el padre biológico fue deportado a Marruecos. "Lo que busco es ser tutor de mi nieta porque el padre tiene el 50% de la patria potestad", resume Conchi.

ESPAÑA

Dos españolas recuperan a sus hijas en Marruecos

La Justicia ha tardado en devolver a las cuatro niñas, secuestradas por los padres

ERENA CALVO / *Tánger*
Corresponsal

A Ana y Marta (nombres ficticios), de ocho y 10 años, les cuelgan dos largas trenzas negras coronadas por alegres coleteros. Han crecido mucho desde la última vez que las vio su madre, María del Mar Prades. Como testigo del tiempo perdido, Mar

guarda como oro en paño unas fotografías de carné de las dos pequeñas, que el pasado jueves volvieron al lado de su madre después de dos años de separación forzosa. Las niñas fueron retenidas por su padre y su abuela en marzo de 2010.

En la residencia de religiosas españolas del zoco de Tánger donde han sido acogidas las tres hasta su regreso a España, Ana y Marta cambian otra vez de vida asustadas y llorosas. Las dos están en medio de una guerra entre adultos que no ha hecho más que empezar. Ayer, al aterrizar en Barcelona con su madre, las esperaban los Mossos y funcionarios del departamento de Protección al Menor de la Generalitat, que se llevaron a la fuerza a las pequeñas. Y no dieron explicación alguna.

«Mar está deshecha, igual que las niñas», contó a este diario una de las asistentes que estaba ayer con ella. Según fuentes diplomáticas, «probablemente existiese algún expediente

de protección de menores al que se ha dado curso a destiempo».

Las mismas fuentes criticaron al Govern. «Sabían a través de la Fiscalía que se estaba ultimando la operación de entrega de las niñas y esperaron para actuar a que llegaran juntas al aeropuerto, haciendo que las niñas sufran dos experiencias traumáticas: la de separarlas de su abuela en Marruecos y, al día siguiente, de su madre para ir a un centro de acogida».

Loli es otra madre coraje que ha experimentado en sus carnes el calvario de la sustracción interparental. Hace tres semanas también recuperó en Marruecos a sus dos hijas.

En ambos casos, fueron sus ex parejas -marroquíes con nacionalidad española y varios delitos a sus espaldas- quienes secuestraron a las niñas.

Las dos se lamentan de haberse visto perdidas en un laberinto de instituciones, españolas y marroquíes, que no resolvían la sustracción con las víctimas localizadas, con la custodia de las niñas de su parte y con el Convenio de la Haya de Restitución de Menores ratificado entre Marruecos y España en mayo de 2011.

En febrero de 2010, separada ya de su ex marido (con el que estuvo casada entre 1996 y 2008), María del



María del Mar Prades, tras recuperar a sus dos hijas. / ERENA CALVO

Mar cruzó a Tánger para que las niñas pasaran unos días con su abuela. «Decía que las echaba de menos; nunca imaginé que fueran a quedárselas por la fuerza».

Desde noviembre pasado, tenía una sentencia en Marruecos que le daba su custodia, y se emitió una orden de búsqueda contra la abuela, que permaneció unos meses con las niñas en Tánger, hasta que huyó con ellas a otra región.

La Embajada de Marruecos en España le había aconsejado viajar al reino alauí 20 días para realizar la denuncia y recuperarlas, pero la operación no se consumó y María del Mar se vio encerrada y desamparada en Tánger durante siete meses.

Desesperada, pidió ayuda a la Asociación de Amistad del Pueblo Marroquí (Itiran), con experiencia en la mediación en este tipo de conflictos, que colaboró en la resolución del caso. «El Consulado de Tánger [que declinó dar su versión] me ha pagado el billete para recoger a mis niñas, y lo agradezco, pero no siempre me han asistido igual; el tiempo que estuve en esta ciudad sólo me dieron tres días de cama con las monjas y el resto del tiempo viví en hostales donde me comían las pulgas».

Itiran le financió el viaje de vuelta a Barcelona, donde aguardó unos días a la liberación de sus hijas. «Cómo explicar el sufrimiento de estos

dos años», reflexiona, al tiempo que explica que la familia de su ex marido le chantajeaba con las niñas. «En uno de sus viajes a España, le encar-

que se agotó su paciencia de tanto llamar puerta tras puerta a todas las instituciones. Aprovechando el régimen de visitas, su ex pareja entró con las niñas -de dos y tres años- en Marruecos por Ceuta, donde pasó inadvertida la orden judicial que le impedía sacar de España a las pequeñas».

Hasta principios de diciembre, estuvieron retenidas en Meknes. Sin orden de detención en Marruecos, Loli se pregunta por qué no se ejecutó la dictada a escala internacional contra el padre de sus hijas. Estaban localizados, «pero no me las devolvían; al final desaparecieron y fueron encontradas en Tetuán». Critica la falta de atención de las autoridades consulares y la «desidia» de las instituciones españolas.

Y denuncia que, ni Marruecos ni España, cumplen el Convenio de La Haya. En su opinión, las autoridades españolas «deberían tener más fuerza para hacer presión». Y asegura que, cuando Mariano Rajoy viajó a Marruecos en enero, «llevaría en agenda el tema, pero no lo abordó».

Centenares de casos por resolver

España y Marruecos cooperan en la resolución de las sustracciones interparentales desde mayo de 2011, cuando el reino alauí ratificó el Convenio de la Haya de 1980. España lo firmó hace más de dos décadas y, desde 2002 -tras la reforma del Código Penal-, estos actos pueden ser castigados con cuatro años de cárcel.

«Estamos ante procesos costosos y largos», afirma Susana Paredes, educadora social de la Fundación Child Care, que trabaja en este campo. Según Paredes, son centenares y centenares los casos existentes en España. «Los que llegan al Ministerio de Justicia o los que registramos nosotros [cerca de 50 cada año] son sólo la punta del iceberg; además, muchas historias quedan en el limbo».

celaron por robo con intimidación y maltrato; su madre me decía que, si quería ver a mis hijas, tenía que sacarlo de prisión, pero yo no tengo las llaves de su celda».

A Loli también le acostumbraron al chantaje telefónico. Le robaron sus hijas durante siete meses, en los

Crece las familias que median para evitar el 'robo' de sus hijos menores

Los jueces valencianos se inclinan por derivar a las parejas a la mediación

JUAN NIETO / Alicante

Según datos del Consejo General del Poder Judicial, los jueces de la Comunidad Valenciana tramitaron en el último ejercicio 2.990 separaciones y divorcios entre las tres provincias, 42 menos que en 2010. Muchas de esas parejas tenían hijos y, en ocasiones, la falta de entendimiento deriva en procesos abiertos por delitos de sustracción de menores. Es aquí donde entra en escena el mediador familiar, una figura en alza concebida para resolver conflictos y evitar que uno de los padres se lleve a los niños impidiendo al otro progenitor tener contacto alguno con ellos.

Según el Tribunal Superior de Justicia valenciano, en los primeros tres meses de este año, sólo en Alicante provincia, fueron 163 las causas familiares derivadas a la mediación. En concreto, según estas fuentes, 18 finalizaron con avenencia de las partes, mientras que 85 quedaron sin avenencia.

No ha sido hasta este ejercicio cuando el Poder Judicial, en sintonía con el respaldo y la promoción de diferentes protocolos que extienden la mediación, el estudio estadístico de la mediación familiar. Pese a que no existen cifras oficiales por el momento, los mediadores consulta-

dos por esta redacción coinciden en afirmar que «cada vez son más las parejas que están en proceso de separación las

No ha sido hasta este año cuando el CGPJ ha empezado a estudiar la mediación familiar

que recurren a este servicio para resolver sus conflictos».

La premisa de estos mediadores es siempre la misma: «Ante



La familia de Itziar tendrá que declarar por sustracción de menores. / E.A.

el divorcio, dialoga», subrayan. Para los expertos, esta fórmula de resolución de los conflictos familiares evita la sustracción de menores y «está avallada tanto en el ámbito nacional como internacional». De hecho, Bruselas ha puesto en marcha un programa piloto de mediación transfronteriza al objeto de formar profesionales de la mediación familiar en el delicado tema de la sustracción de menores.

Caso Carrascosa

Un ejemplo característico de este tipo de delitos es el caso de María José Carrascosa, la valenciana presa en EEUU. En 2004, un juzgado de Valencia le otorgó a la madre la guarda y custodia de la menor. En dicho acuerdo, se prohibía expresamente a ambos progenitores la salida con la menor de Estados Unidos, domicilio familiar, sin el consentimiento del otro, pero la madre fijó la residencia en Valencia y empezaron los conflictos.

embargo, la respuesta del fiscal fue casi tan sorprendente como la decisión del titular del juzgado murciano: «A cada uno le toca el padre que le toca y hay que aguantarse».

En cambio, un mes antes, el 24 de abril de este año, el mismo juez que entregó al padre «violento» su hija de siete años, lo condenó por «maltrato familiar» contra la mayor. Era tal la evidencia de los hechos, que la sentencia se dictó por conformidad y el padre aceptó las penas impuestas.

Citados por separarla de un maltratador

Itziar, de 7 años, vivía con su padre, condenado en firme por malos tratos

J. N. I. / Alicante

Una juez de Alicante ha citado a la familia de Itziar, la menor de 7 años de El Campello forzada a vivir con su padre (condenado en firme por malos tratos), para que declare por un delito de sustracción de menores. La denuncia la interpuso el padre después de que Itziar se refugiara junto a su hermana en Alicante. «El motivo? Otro

juez, en este caso de Murcia, impuso al padre una orden de alejamiento sobre su hija mayor.

La familia de la madre, que falleció hace tres años y que también fue víctima de abusos, acogió a las hermanas, pero el padre reclamó a la menor. Desde entonces, nadie sabe nada de la pequeña ya que el juzgado de Murcia que se paró a ambas todavía no

ha resuelto el conflicto abierto por la custodia de la niña. Ahora la familia tendrá que exponer los argumentos por los que acogió a la niña.

El caso de Itziar, destacado por EL MUNDO, causó gran conmoción por las características que le rodean. En mayo, el juzgado murciano dictó una orden de entrega para que la familia materna diera la

menor al padre, pese a que ese mismo juzgado condenó en firme al hombre por maltratar a su otra hija, de 16 años. En un intento «desesperado» para revocar la orden, los abogados de la familia solicitaron al fiscal que relevara el informe psicológico de la menor donde los especialistas constatan los temores de Itziar para que no cometieran «semejante error». Sin

V.2Casos particulares:

VIERNES, 19 de enero de 2007

Un fallo obliga a volver a Israel a cuatro niños que viven con su madre

Los tres mayores pidieron ayer públicamente quedarse en España tras conocer la sentencia

JAVIER CUARTAS | Oviedo | 19 ENE 2007

Archivado en: Adolescencia Jóvenes Organismos judiciales Conflictos diplomáticos Niños Israel Juventud Audiencias provinciales Política exterior Familia
Sentencias Tribunales Infancia Oriente próximo Asia Relaciones internacionales Poder judicial Sanciones Relaciones exteriores España Juicios Proceso judicial Justicia

Los cuatro hijos de la mujer de Avilés María Amor González Rodríguez deberán ser repatriados y reintegrados al hogar de su padre, Moshe Elgozi, en la localidad israelí de Gan Yavneh, según acaba de sentenciar la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo. Ésta ratifica así el auto que el 28 de septiembre dictó en el mismo sentido el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Avilés y que fue recurrido por la madre. Tras conocerse la sentencia, los niños mayores -de 14, 13 y 11 años- expresaron ayer públicamente su deseo de quedarse en España con su madre.

El padre solicitará la ejecución inmediata de la sentencia, según anunció su abogado

La salida de Israel de los cuatro niños con su madre, que desde 2005 viven en Avilés, fue ilícita, según el fallo, y vulneró el Convenio Internacional de La Haya de 25 de octubre de 1980 porque se produjo sin el consentimiento paterno.

La salida de los menores del país fue "ilícita" porque se hizo sin el consentimiento paterno

La mujer, de 37 años, abandonó el 20 de abril de 2005 el hogar conyugal, en la localidad israelí de Gan Yavneh con sus hijos -dos niños y dos niñas de entre 8 y 14 años-, sin la aprobación del cónyuge y sin voluntad de retorno, lo que, según la resolución judicial, supone una vulneración del Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores.

Los tres hijos mayores del matrimonio (Sharon, de 14 años; Samuel, de 13, y Daniela, de 11) comparecieron por la tarde en Avilés ante los medios de comunicación, acompañados por su abuela materna, María Amor Rodríguez, para expresar su deseo de permanecer en Asturias con su madre. "Me gustaría quedarme aquí. Aquí tengo mi colegio, mis amigas, mi madre, y todo lo que no podía hacer allá, y que sí puedo hacer aquí. Solamente pido quedarme aquí con mi madre. No quiero irme a Israel con mi padre. No entiendo por qué quiere él que vayamos para allá", afirmó Sharon, la primogénita, que fue la única de los menores que hizo uso de la palabra. La abuela aseguró que la comparecencia de los niños había sido voluntaria, con el consentimiento de su madre -que está, dijo, "destrozada"- y con el asesoramiento de su abogada.

El padre de los menores y todavía marido de la mujer -la pareja está en trámite de divorcio- solicitará la ejecución inmediata de la sentencia, según anunció su abogado, mientras la madre de los menores, muy afectada según personas allegadas a la mujer, presentará un recurso de amparo al Constitucional para intentar suspender cautelarmente la aplicación del fallo hasta que se resuelva el proceso de divorcio, en el que se debería dilucidar la custodia de los pequeños. En caso contrario, los niños podrían ser repatriados a Israel en el plazo de unos 10 días, según el abogado del progenitor.

La madre adujo ante la Audiencia las excepciones previstas en el Convenio de La Haya: la oposición de los menores a regresar a Israel, la adaptación de los niños en España y el posible perjuicio psicológico para los hijos en el caso de ser devueltos al país de su padre. El fallo ahora dictado asevera que según los peritos, existe un deseo de los niños de que sus padres vivan juntos, que en los pequeños concurre un conflicto de lealtades y que, si bien mantienen una posición favorable a quedar al cuidado de la madre, no rechazan a su padre.

De los cuatro hijos del matrimonio -Sharon, Samuel, Daniela y Saúl-, dos nacieron en EE UU, uno en Guatemala y sólo el menor, en Israel. En este país, los cuatro niños vivieron con sus padres bajo la patria potestad de ambos cónyuges entre 1977 y 2005, cuando fueron trasladados a Avilés por la madre sin el consentimiento del padre.

El tribunal admite que la demora en el proceso judicial "ha favorecido la paulatina integración de los menores en su nuevo medio" de vida, en Asturias, y que ello colisiona con la "pronta restitución al statu quo anterior" de los pequeños que propugna el Convenio de La Haya. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Oviedo recuerda que la dilación "no achacable" al padre de los pequeños. El fallo sostiene que, nada más presentar el padre la solicitud de restitución, su esposa interpuso demanda por supuestos malos tratos contra su cónyuge, lo que motivó que el Juzgado de Violencia suspendiera la demanda civil por la situación legal de los niños hasta que se culminara el procedimiento penal por maltrato. La Audiencia asevera que no se acreditaron tales malos tratos y que el procedimiento penal fue archivado el 2 de febrero de 2006. La mujer, en declaraciones a la prensa, aseguró que su marido, que practica la religión judía, es un ultraortodoxo, pero éste lo ha desmentido.

La resolución de ayer es la cuarta que se produce contra la madre de los pequeños y la tercera en los juzgados españoles. Amén del fallo del Tribunal de la Corte de Familia de Rishon Le Zión (Israel), del 5 de mayo de 2005, el Juzgado de Instrucción número 5 de Avilés dictó una primera resolución favorable al progenitor el 22 de febrero de 2006. Pero aunque el padre reclamó y logró de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias que se ordenase la ejecución inmediata de ese auto, la madre, que recurrió el fallo ante la Sección Primera de la misma Audiencia, consiguió que ésta dictase la anulación de las actuaciones por no haberse celebrado vista oral. Ello obligó a reiniciar el procedimiento.

DOMINGO, 7 de noviembre de 2010

REPORTAJE: PADRE SIN DERECHOS

Japón se quedó con mi hijo

José María Cacho lleva tres años luchando para ver a su hijo. Se lo llevó su ex mujer japonesa, y el país asiático no reconoce al padre derecho alguno. Como Cacho, hay cientos de otros casos

ANDRÉS BRAUN | 7 NOV 2010

Archivado en: Tutela Japón Política exterior Niños Infancia Familia España Relaciones exteriores Sociedad

Hace casi tres años que José María Cacho vio por última vez a su hijo en España. Fue el 8 de enero de 2008, cuando lo dejó con su ex mujer japonesa, que tenía su custodia. El viernes siguiente fue al punto habitual de encuentro en Valdemoro (Madrid) para recogerlo. "No vino nadie", explica telefónicamente. Semanas después descubriría que su ex mujer se había llevado al niño a Japón, violando la orden judicial que impedía al menor salir de España sin consentimiento paterno. Y aunque Cacho ha removido cielo y tierra para traerlo de vuelta, en la actualidad su hijo -que ya ha cumplido diez años- sigue en Japón.

Además de que no existen acuerdos de cooperación judicial entre Madrid y Tokio, Cacho se ha topado con que Japón es el único país del G-7 que no ha firmado la Convención de La Haya sobre sustracción de menores suscrita por 82 Estados, incluido España. Tampoco se considera delito la acción de su ex mujer porque, en Japón, tras un divorcio, solo uno de los progenitores obtiene la patria potestad del hijo. No existe el concepto de custodia y no se otorgan derechos de visita a menos que lo consienta el progenitor que tiene la patria potestad. Por ello, los expertos señalan a este país como el más complicado para solventar una sustracción internacional de menores. Los cientos de padres perjudicados prefieren definirlo como un "refugio seguro para el secuestro de menores". En cualquier caso, desde 1952, año del primer registro al respecto, ni un solo menor ha sido devuelto por Japón.

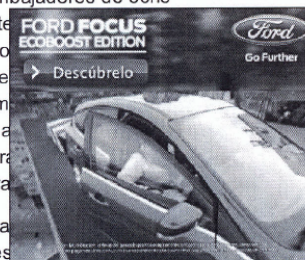
La ex mujer de Cacho no ha renovado el pasaporte español del niño, que tiene uno japonés con apellido del padrastro

Otros tres padres españoles se encuentran en situación parecida a la de José María Cacho. Y 269 menores estadounidenses han sido "secuestrados o retenidos ilegalmente" en Japón desde 1994, según el departamento de Estado. En el último año, los embajadores de ocho países, incluido España, solicitaron conjuntamente el convenio de La Haya y pidieron al Gobierno de Tokio que solucionara los casos pendientes (el convenio no existe). Sin embargo, esta petición, el Gobierno japonés creó recientemente una comisión especial integrada en el departamento de Exteriores. Además, anunció en agosto la posibilidad de adherirse a la convención. Sin embargo, para reformar su legislación en materia de derecho familiar, algo que puede llevar años.

Estos acercamientos siguen resultando insuficientes para los padres afectados, que se sienten impotentes y abandonados por unas autoridades incapaces de deshacer esta maraña jurisdiccional, y por ello han creado asociaciones de apoyo y varios grupos en Internet para dar a conocer la situación.

Los padres extranjeros que residen en Japón no lo tienen mucho mejor pues los tribunales del archipiélago otorgan, salvo excepciones, la patria potestad a los nipones. Una tendencia que no varía pese a que los matrimonios entre japoneses y foráneos han aumentado un 40% desde 1990; en 2006 hubo 17.000 divorcios de este tipo y se calcula que anualmente nacen 20.000 niños de matrimonios mixtos.

Al descubrir lo ocurrido, Cacho denunció a su ex mujer ante la justicia española, que le imputó a ella un delito de desobediencia y sustracción de menores y dictó una orden para localizar al pequeño.



Interpol Japón respondió que según la ley nipona solo se pueden facilitar esos datos si hay constancia de que la mujer se llevó al niño con violencia, lo retiene contra su voluntad o es incapaz de criarlo. Y así Cacho sigue sin saber del crío pese a que en abril de 2009 otro juzgado español le concedió su guarda y custodia, despojando a su madre del derecho de visita.

En mayo de 2009, Cacho viaja a Japón. "Solo quería ver al niño. Intentar llevármelo me hubiera expuesto a varios años en prisión allí", añade. Tras dar con el domicilio del pequeño en Hannô (prefectura de Saitama, al norte de Tokio), descubre algo que complica aún más la situación: su ex mujer ha dejado caducar el pasaporte español del niño y ha logrado que le expidan uno japonés en el que ya no figura el apellido paterno, sino el de su nuevo marido. La legislación nipona solo requiere presentar un registro familiar y la firma de uno de los tutores para otorgar un pasaporte a un menor. "Considero que ha suplantado la identidad de mi hijo, y así logró sacarlo de España", explica José María Cacho.

Al no encontrar a nadie en la casa de Hannô, Cacho decidió hacer una pintada en la pared del vecino para comunicarse con su hijo. Días después se topó con él en la calle y logró abrazarlo antes de que su madre se lo llevara. Fue la última vez que lo vio. Al poco tiempo fue detenido por la pintada y condenado a 22 días en prisión, y a pagar una multa de unos 1.000 euros.

Cacho ha retornado a Hannô, donde la policía local lo ha interrogado y le ha invitado a marcharse, pero no ha conseguido ver de nuevo a su retoño. Lo único que sabe de él es que es modelo infantil y que aparece en un concurso televisivo semanal de la emisora nacional nipona. Japón desestimó además, en junio, la comisión rogatoria enviada desde España solicitando su colaboración para llamar a declarar a la ex mujer de Cacho. Por ello, el juez español encargado del caso optó en septiembre por remitir una comunicación de cooperación internacional. "La pelota está ahora en el tejado del ministerio español de Exteriores", explica un Cacho descontento con la actuación de la Administración, a la que exige presentar una protesta formal por escrito ante las autoridades japonesas. "Pero sobre todo es necesaria más presión y acción", añade, poniendo como ejemplo la resolución 1326 (<http://www.opencongress.org/bill/111-h3240/show>), aprobada el 28 de septiembre por la Cámara de representantes de Estados Unidos, un primer paso que, aunque simbólico, condena las sustracciones. Lo importante es hacer algo. Aunque cualquier medida llegará muy tarde para Cacho. "Esos tres años entre tribunales, embajadas, ministerios, nadie se los puede devolver a mi hijo".

DOMINGO, 15 de noviembre de 2009

Dos justicias, una sola madre

España da la razón a María José Carrascosa y EE UU se la quita en un embrollo legal sobre la custodia de su hija - Podría cumplir 10 años de cárcel

D. ALANDETE / M. CEBERIO BELAZA | Washington / Madrid | 15 NOV 2009

Archivado en: Divorcio, Españoles extranjero, Niños, Estados Unidos, Política exterior, Matrimonio, Infancia, Familia, Relaciones exteriores, Migración, Juicios, España
Proceso judicial, Demografía, Justicia, Sociedad

María José Carrascosa lleva más de tres años en prisión preventiva en EE UU. Trasladó a su hija a España en enero de 2005 sin el consentimiento del padre, el norteamericano Peter Innes. La justicia española le ha dado la razón a ella, pero el jueves pasado fue declarada culpable por un jurado popular de Nueva Jersey de un delito obstrucción a la justicia y otros ocho relacionados con el incumplimiento de lo que los tribunales estadounidenses decidieron sobre la custodia de la niña.

El juez Donald Venezia decidirá, en principio, el próximo 23 de diciembre su castigo. Se enfrenta a una pena de 10 años de cárcel. Los cálculos más benevolentes estiman que se le podrían aplicar sólo cinco, de los que ya ha cumplido más de la mitad, por lo que podría salir en libertad inmediatamente.

La madre lleva tres años en prisión preventiva y está a la espera de condena

El pasado jueves fue declarada culpable por un jurado popular

Los jueces de Nueva Jersey dicen que España violó el Convenio de la Haya

La madre puede vivir aquí con la hija según la Audiencia de Valencia

Carrascosa e Innes se conocieron en un bar de Nueva Jersey a principios de 1999. Meses después se casaron, por el rito católico, en la localidad catalana de Linola. Después regresaron a EE UU, donde se instalaron definitivamente. Desde principios de los años noventa, Carrascosa había residido en EE UU, donde trabajaba como abogada. Innes tenía y sigue teniendo una empresa de publicidad. Su hija Victoria nació en abril de 2000.

Innes define su primer año de matrimonio como bueno. "Sin embargo, a partir de entonces las cosas comenzaron a ir mal. María José se volvió muy celosa, me acusaba de todo tipo de fechorías", asegura. El matrimonio se separó en 2004. Ambas partes llegaron a un acuerdo extrajudicial en octubre según el cual la niña viviría con su madre pero Innes gozaría del derecho a visitarla regularmente. Se comprometieron a no sacar a la niña de EE UU sin el consentimiento por escrito del otro progenitor. Dos meses después, Innes presentó una demanda de divorcio en la que pedía la custodia compartida de la niña.

Carrascosa viajó a España con Victoria en enero, sin permiso del padre. Madre e hija se quedaron a vivir en Valencia. A partir de este momento, el embrollo jurídico fue total. Innes planteó sus demandas ante los tribunales norteamericanos y también ante los españoles. Carrascosa hizo lo propio sólo ante estos últimos. Ambos tienen razón, según sus respectivos países de origen.

En Estados Unidos, Innes continuó con el proceso de divorcio. Los tribunales se lo concedieron y le otorgaron la custodia de Victoria. En España, Carrascosa pidió la nulidad eclesiástica del matrimonio, que se anuló en mayo de 2007 "por grave defecto de discreción de juicio en la esposa y por incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por parte del esposo". Esta nulidad tiene efectos civiles. El matrimonio de Innes y Carrascosa, a efectos españoles, nunca ha existido. En EE UU, están divorciados.

Peter Innes decidió usar también los tribunales españoles. Pidió a un juzgado valenciano que aplicara el Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores, y que la niña fuera devuelta a EE UU. El juez dijo que no, que Carrascosa no había hecho nada ilícito.

Se abrió entonces el contencioso entre España y EE UU. Ambos países han firmado el tratado de La Haya y sin embargo son incapaces de ponerse de acuerdo sobre si el traslado de Victoria a España fue ilícito o no. El convenio pide que se estén vulnerando "los derechos de custodia" de alguno de los progenitores para que se pueda hablar de sustracción.

El problema, aparentemente, es la distinta interpretación del término "custodia" que hacen los jueces de uno y otro país. Antes de venir a España la niña vivía con Carrascosa y el padre tenía derecho de visitas en virtud de un acuerdo extrajudicial. Los jueces españoles entienden que la custodia la tenía la madre, y que por tanto él no puede pedir la aplicación del Convenio de La Haya. Los tribunales norteamericanos opinan, por el contrario, que el derecho de custodia no se refiere sólo a con quien vive el menor.

El artículo 5 del convenio lo define como "el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia". Según el pacto que firmaron Innes y Carrascosa, ambos debían ponerse de acuerdo para sacar a Victoria de EE UU.

Cuando la Audiencia de Valencia dio la razón a la española, argumentó que el acuerdo del matrimonio era sólo "una declaración de intenciones" y que, además, limitaba la libertad de residencia garantizada en la Constitución. La justicia española también llamó la atención sobre el hecho de que el padre no haya pedido un régimen de visitas con la hija durante todos estos años.

La corte de apelaciones norteamericana sostiene, sin embargo, que la justicia española ha violado el Convenio de La Haya y que a los tribunales valencianos no les competía decidir sobre la custodia de una niña cuya residencia fija estaba en EE UU antes de su desaparición.

¿Quién se equivocó en un primer momento, España o EE UU? "El significado del derecho de custodia difiere entre los distintos estados miembros de la Convención", explica la abogada Carolina Marín Pedreño, del despacho londinense Dawson Cornwell y especializada en sustracción interparental de menores. "Pero la jurisprudencia internacional aclara que el derecho a decidir el estado de residencia de un menor es un derecho divisible de su mero cuidado. Entiendo que, en este caso, tanto la madre como el padre tenían derecho de custodia y el traslado a España fue ilícito. En Inglaterra estos casos los resuelve sólo la Corte Suprema para que no haya distintas interpretaciones".

Carrascosa viajó a EE UU para su juicio el 16 de agosto de 2006 con sus sentencias españolas en la mano. Creía que todo se aclararía. Pero fue detenida y está presa desde entonces. Según Innes, lo hizo "pensando que se le daría la razón, alegando problemas médicos y que la justicia española le había retirado los pasaportes norteamericano y español, a la niña. Obviamente, calculó mal sus posibilidades".

En aquel juicio se le preguntó a Innes por qué no buscó defender su derecho de custodia en España. "Soy un ciudadano americano. Mi hija es una ciudadana americana. Es residente de Nueva Jersey. No leo, escribo o hablo en español. Sería un gasto enorme. Era imposible", sostuvo.

Ahora a Innes le corresponde comparecer ante el juez como víctima en el caso Carrascosa y pedir el tipo de condena que le gustaría. Podría exigir la pena máxima. "Pero también podría decirle que ya ha habido suficiente sufrimiento", explica. "Podría volver a ofrecer lo mismo que en otras ocasiones, que María José se quede con la custodia y deje que mi hija viaje dos veces al año a EE UU. Si mi hija estuviera en Nueva Jersey cuando yo suba al estrado, pediría que se deje a su madre en libertad. Yo he rehecho mi vida. Estoy casado, tengo otro hijo. Sólo quiero que todo vuelva a la normalidad. Y al juez le sería muy difícil no hacerme caso".

El padre de María José Carrascosa, José, dice que la decisión le corresponde a su hija. Él prefiere ser prudente y no hacer declaraciones: "Ya haremos nuestra valoración del caso una vez se dicte la sentencia". La niña, Victoria, vive con él y con su mujer. "Está muy bien. Sólo le falta su madre".

Cronología del 'caso Carrascosa'

Abril de 2000. Nace Victoria Innes en Nueva Jersey.

Enero de 2005. María José Carrascosa se va de EE UU con su hija.

Julio de 2005. La justicia española niega que la madre haya actuado de forma ilícita.

Agosto de 2006. Un juez de EE UU da la custodia al padre.

Noviembre de 2006. Carrascosa ingresa en prisión en EE UU.

Noviembre de 2009. Un jurado la declara culpable.

Diciembre de 2009. El juez dictará sentencia, que puede ser de hasta 10 años.

© EDICIONES EL PAÍS, S.L. |

Una mujer debe dar dos hijos al marido denunciado por maltrato

Un juzgado de Valencia la considera autora de la sustracción internacional ilícita de los niños y le ordena devolverlos a Inglaterra a petición de su padre

Valencia Un juzgado de Valencia ha ordenado a una ciudadana española residente en esta ciudad, a quien considera autora de la sustracción internacional ilícita de dos de sus tres hijos, que los devuelva inmediatamente a Inglaterra a petición del padre de los niños, que está denunciado por maltrato y violación.

La madre, Carolina A.G., justifica la salida del país de los menores en las amenazas y malos tratos de su aún marido y padre de los niños, un hombre de origen nigeriano y nacionalidad española tras su boda con esta mujer.

El auto del juzgado, al que ha tenido acceso Efe, considera que Carolina «ha retenido de manera ilícita a los menores en contra de la voluntad del otro progenitor oponiéndose a la devolución» de los mismos, infringiendo además una orden del Tribunal del Condado de Nottingham que le prohibía trasladar a dos de sus hijos fuera de la jurisdicción de Inglaterra y Gales sin que él lo supiera.

Según esa orden, la madre sólo gozaba del cuidado y control de sus hijos sin tener en exclusiva su guarda y custodia, por lo que, en virtud del Convenio de La Haya

sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, no puede elegir unilateralmente el lugar de residencia.

Ese convenio, que el auto considera vulnerado, establece desde 1980 que el traslado o retención de un menor será ilícito cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia.

Lo que no ha tenido en cuenta el

La madre justifica la salida de Inglaterra de sus hijos porque «nos iba a matar»

juzgado, según relató la mujer en declaraciones a Efe, son las circunstancias que le llevaron a sacar a sus hijos de Inglaterra.

«Nos iba a matar», asegura Carolina, quien lamenta que la Justicia española no haya considerado las denuncias por malos tratos y violación que ha interpuesto tanto en Inglaterra como en España contra su marido, una cuestión que, según el auto del juzgado valenciano, no se contempla en el Convenio de La Haya, «siendo en

todo caso el Tribunal del Condado de Nottingham el que debiera pronunciarse sobre los mismos».

Carolina y su marido se casaron en 2003 en España y juntos han tenido tres hijos, de 8 y 5 años y 4 meses. En 2008 se fueron a vivir a Inglaterra y según asegura, él la ha maltratado a lo largo de la relación, aunque no presentó ninguna denuncia hasta febrero de 2011: «Ya temía por mi vida y por la de mis hijos, puesto que también ha maltratado al mayor».

«Llegó a golpearme violentamente en el vientre estando ya embarazada de mi último hijo», un suceso que le hizo regresar a España: «Además, me decía que me iba a quitar a los niños para llevarlos a Nigeria y que no los vería más».

Carolina indica que, pese a las intervenciones reiteradas de la policía británica, estaba «aterrorizada» ante la posibilidad de que cumpliera sus amenazas y contactó con el Consulado español de Nottingham: «Me dijeron que, puesto que no estaba claro que allí pudieran darme la seguridad que necesitaba, sin familia ni amigos, era mejor que los niños estuvieran en España».

El nuevo letrado de Carolina, José Antonio Serra, solicita que

mediante una comisión rogatoria se pida a la Justicia inglesa que aporte las denuncias interpuestas por esta mujer contra su marido, de quien ha iniciado también los trámites de divorcio. El abogado explicó que, además, ha interpuesto una denuncia contra el hombre por violación, vejación y malos tratos ante la Audiencia Nacional al entender que es el órgano competente para salvaguardar universalmente los derechos de cualquier español.

Serra indica que, puesto que el derecho británico es muy celoso de la intimidad, la documentación que aportó Carolina fue insuficiente para acreditar que la

vuelta de los menores a Inglaterra los expondría a un grave peligro físico o psicológico, una de las excepciones que contempla el Convenio de La Haya para paralizar la restitución.

Por eso se pide que la Justicia británica acredite la existencia de esas denuncias y que su policía ha investigado las agresiones denunciadas por Carolina, que además ahora no está allí para ratificar o mantener esas denuncias, lo que abre la puerta a que ni siquiera sea juzgado por estos hechos.



La ciudadana española Carolina A.G. junto a sus tres hijos, en una calle de Valencia. / EFE

DOMINGO, 3 de julio de 2011

EE UU devuelve a Tarragona a dos niñas secuestradas por la madre

Un juez de Tejas sentencia que vuelvan con el padre, que tiene la custodia - La mujer las sacó del país aprovechando un error de un juzgado de Valls

FERRAN BALSELLS | Barcelona | 3 JUL 2011

Archivado en: Tarragona Organismos judiciales Errores judiciales Valls Comunidades autónomas Niños Estados Unidos Provincia Tarragona Política exterior
Infancia Administración autonómica Cataluña Secuestros Poder judicial Relaciones exteriores Delitos España Administración pública Justicia Sociedad

Un juzgado de EE UU ha resuelto el embrollo creado por la justicia española que ha separado a Francisco José Iborra de sus dos hijas durante más de 15 meses. Es el tiempo que la madre ha mantenido en Houston a las niñas, de 11 y 13 años, después de sacarlas de España aprovechando un error judicial: no se transmitió a la policía el mandato que prohibía a las menores salir del país. Tras encallar en la Administración y la justicia españolas, el padre presentó una demanda contra su exmujer en el juzgado de lo civil del condado de Montgomery, Tejas, a finales de 2010. Medio año después, el pasado día 20, la juez sentenció que las niñas habían sido scacadas de España ilegalmente y ordenó que volvieran a su país de origen. "Es casi un milagro, en algún momento creí que era imposible resolver este lío", celebra Iborra, y las dos hijas miran como distraídas al padre, que las abraza de nuevo en el sofá de casa, en Tarragona.

"No estoy enfadado, solo decepcionado con la justicia", dice Francisco Iborra

El milagro de Iborra, que abrió una causa penal por sustracción ilegal de menores contra Luisiane Almeida, brasileña nacionalizada española de la que se divorció en 2006, empezó como un desastre en el Juzgado de Instrucción número 1 de Valls (Alt Camp). En julio de 2009, el juez requisó el pasaporte de las niñas y ordenó comunicar la medida a la policía para evitar una posible sustracción por parte de la madre. Pero esa providencia judicial "se archivó por error debido a la sobrecarga de trabajo", admitió el Consejo General del Poder Judicial en una misiva de disculpas que envió a Iborra. "No estoy enfadado, solo decepcionado", asume el padre. "¿Por qué la justicia funciona en Estados Unidos y aquí es un desastre?".

Iborra denunció a su exmujer a la justicia española en abril de 2010, pero el regreso de las hijas parecía lejano hasta que el Ministerio de Asuntos Exteriores contactó con el padre el verano pasado. Le informó de que podía recuperar a las niñas mediante el Convenio de La Haya de 1980, pactado para resolver estos casos y suscrito por EE UU; recomendó que presentara una denuncia en Tejas, y consiguió un abogado de oficio de la Universidad de Houston, que asumió el caso como una práctica para letrados recién licenciados. No es un éxito aislado: Exteriores tramita entre 50 y 90 casos de sustracciones internacionales de hijos al año, según fuentes jurídicas.

"Quiero que otros padres vean que estas situaciones pueden resolverse", explica Iborra, y pide que se respete el silencio de sus hijas, repuestas del viaje de ida y vuelta. "Son las principales víctimas. En función de cómo sus padres les expliquen lo ocurrido, pueden padecer secuelas", advierte la psicóloga infantil Miriam Santana. "En estas edades hay riesgo de confusión, problemas de autoestima, inseguridad y desconfianza hacia sus padres". "Recibirán apoyo psicológico, estarán bien", señala discreto el padre, por temor a nuevas

batallas judiciales que, asegura, prepara su exmujer.

© EDICIONES EL PAÍS, S.L. |

MIÉRCOLES, 7 de abril de 2004

La Interpol localiza en Huesca a un niño secuestrado por su madre

El padre, de EE UU, tiene la tutela desde 1996

CONCHA MONSERRAT | Zaragoza | 7 ABR 2004

Archivado en: Tutela Interpol Huesca Niños Provincia Huesca Aragón Familia Infancia Secuestros Organizaciones internacionales Fuerzas seguridad España
Relaciones exteriores Delitos Justicia Sociedad

Nueve años después de abandonar Estados Unidos cuando era un bebé de 18 meses, la Interpol localizó el lunes en un colegio privado de Huesca a un niño de 11 años, hijo de un nortamericano y una española. A pesar de que una sentencia española de mayo de 1996 obligaba a la madre a entregar el niño al padre, ciudadano estadounidense, el chico permanecía con su progenitora. La mujer compareció ayer ante el juzgado, acusada del secuestro de su hijo.

El pasado lunes la Interpol localizó en la ciudad de Huesca a un menor de 11 años, reclamado por su padre desde el año 96 para que regrese con él a Estados Unidos porque tiene en su poder una sentencia que le otorga su tutela. El niño se encontraba en clase en un colegio privado. De allí fue conducido a los servicios de tutela del Gobierno de Aragón, que se hicieron cargo de él. Hoy el titular del juzgado número 6 de Zaragoza "explorará" al menor y, con informes de psicólogos, tomará una decisión sobre su futuro en los próximos días.

El niño ha estado buscado durante años por la Justicia española para ser repatriado a Estados Unidos en cumplimiento del Convenio Internacional de La Haya. Su madre Sonia E. B. está acusada de un supuesto delito de sustracción de menores. La ley española castiga esta infracción con hasta cuatro años de cárcel.

Sonia ha mantenido oculto a su hijo desde el 1996 y ayer logró hablar con él durante una hora, tras obtener un permiso judicial, en las dependencias donde está tutelado.

La mujer se casó en 1993 con un ciudadano estadounidense que trabajaba en la base de Zaragoza. Cuando cerró la instalación, marcharon a vivir a California (EE UU) y allí la pareja se rompió. Ella acusó a su marido de malos tratos. Logró la custodia del hijo y una orden de alejamiento del padre. Con la tutela del niño en su mano y tras permanecer en un casa de acogida, en marzo de 1995 viajó a España, donde se sentía más segura. El pequeño, con doble nacionalidad, tenía entonces 18 meses. La madre abandonó EE UU pocos días antes de que un tribunal californiano estableciera la custodia compartida del niño.

Durante todos estos años nadie les ha localizado y las comisiones rogatorias no dieron fruto hasta que se cursó orden a Interpol para localizar al chico.

La búsqueda del menor comenzó cuando, posteriormente, el padre inició un proceso de divorcio en Estados Unidos que le otorgó la custodia de su hijo. En sentencias de febrero y de mayo de 1996 -ya firme- de la Audiencia Provincial de Zaragoza, se confirma que la tutela es del padre y que el niño debe retomar a su país.

La madre asegura que nunca se enteró de esa sentencia. Puso una demanda de nulidad contra la sentencia de la Audiencia y otra de divorcio en España. El padre, al ver la demanda de divorcio, compareció ante un juzgado de EE UU y reclamó a su hijo, cuya tutela tenía. A raíz

de estos hechos tribunal de Visalia (California) solicitó al Estado español que aplique el convenio de La Haya y que devuelva al niño. Ayer por la tarde César Fortafin, el abogado de oficio que atendió el caso en Huesca, aseguraba que no le consta que su clienta haya recibido comunicación de la sentencia de tutela y divorcio y que ella no entendía las razones por las que había sido llevada a declarar y el niño ingresado en un centro de tutela. El abogado entendía que la orden de Interpol era de localización no de retención, aunque reconocía que el menor seguía en España y no se había cumplido la sentencia. De forma diferente veía el caso el abogado Francisco Sáez de Bruaga que representa al padre en España. "Solo confío en que se cumpla una sentencia, que es firme, y que se aplique la ley". "Nunca, hasta que ha intervenido la Interpol, se ha localizado al menor y a su madre, ahora ya están localizados", añadió. El abogado matizó que la orden de retorno viene dada a instancias de Estados Unidos que ha reclamado al menor.

LUNES, 29 de noviembre de 1999

Un juez devuelve a Argentina a un niño retenido por su madre en Sevilla

El padre recurrió a la ley internacional de sustracción de menores

EFE | Sevilla | 29 NOV 1999

Archivado en: Argentina Política exterior Niños Latinoamérica Familia Sudamérica Infancia América Relaciones exteriores España Sociedad

El Juzgado de Familia número 6 de Sevilla ha ordenado devolver a un niño de tres años a su padre argentino, tras considerar probado que la madre del pequeño le trasladó a España y llevó a cabo una sustracción internacional de menores, penada en los convenios que han suscrito tanto España como Argentina. El niño salió ayer con sus padres del aeropuerto de Madrid con destino a Buenos Aires.

El padre, Alejandro F., de 28 años, llegó hace un mes a Sevilla para personarse en el proceso judicial que había entablado contra su ex esposa. Alejandro explicó que su ex esposa había viajado desde Argentina a Sevilla el pasado 9 de mayo con su actual compañero sentimental para pasar unas vacaciones. Como quería viajar con el niño, el padre firmó una autorización para que el pequeño se ausentase 45 días, conforme al procedimiento previsto por la ley argentina. Cuando el 23 de junio expiró ese plazo y la madre comunicó a Alejandro que no pensaba regresar a Argentina, él entabló un proceso, amparándose en el Convenio de La Haya de 1980 contra la sustracción internacional de menores y en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

El proceso concluyó la pasada semana. El auto del Juzgado de Familia de Sevilla considera probado que los hechos constituyen una retención ilegal, porque "está probado que ambos progenitores ejercían la patria potestad y la guarda del pequeño" durante su residencia en Argentina y, asimismo, porque las leyes internacionales determinan el derecho de los dos cónyuges a decidir sobre el lugar en que deben vivir sus hijos.

Apoyo de una ONG

Alejandro destacó ayer el apoyo que desde los primeros momentos recibió de la asociación Niños Unidos para el Mundo, creada por la argentina Gabriela Arias con el propósito de defender a los aproximadamente 350.000 pequeños que se encuentran retenidos por uno de sus progenitores en algún lugar del planeta. Durante la vista judicial, la madre se negó a llevar a cabo la restitución voluntaria del niño, alegando que en Sevilla había encontrado un trabajo y que además Alejandro no había ejercido la custodia de forma efectiva. Por su parte, el padre esgrimió su propia presencia en Sevilla para asistir al juicio, para lo que había tenido que abandonar su empleo como encargado de un bar en la localidad argentina de Pinamar.

El Convenio de La Haya, ratificado por España en 1987 y por Argentina en 1990, prevé la restitución inmediata de los menores trasladados de manera ilícita, por lo que ayer mismo el pequeño viajó de regreso a su país acompañado por su padre y su madre, la cual tomó la decisión de retornar por seguir junto al niño.

Alejandro señaló antes de abordar el avión que no desea arrebatar el niño a su ex esposa, pero sí defender el derecho del pequeño a estar con su padre y cerca de sus abuelos y primos, por lo que confía en que ahora que la pareja regresa a Argentina puedan "sentarse a

dialogar y a solucionar el futuro".

© EDICIONES EL PAÍS, S.L. |

La Audiencia ampara la fuga de una madre y sus hijos de Noruega porque sufrieron abusos

El Gobierno intentó que los menores fuesen devueltos al padre pese a saber que se les agredía

FRANCISCO PASCUAL
ALICANTE.— La Audiencia de Alicante ha puesto fin a la pesadilla de una familia alicantina y ha asestado un severo rapapolvo judicial a la Abogacía del Estado español, a la Justicia noruega y a la Policía de este país. En una novedosa sentencia, el tribunal de la sección sexta ha desautorizado al Gobierno español a que devuelva al nórdico a dos niños que fueron sacados de este país por su madre de manera clandestina y prohibida por un tribunal. Ni el juez escandinavo, ni los agentes policiales de esta nación quisieron saber nada de que la niña mayor sufría abusos sexuales por parte de su padre. Para más inri, la Abogacía del Estado español, que sí conocía los detalles más escabrosos de un informe sexológico, recurrió hasta la última instancia judicial para forzar el regreso.

La sentencia de la Audiencia de Alicante abunda en otra anterior emitida por un juez de instrucción de la capital provincial. Su firmeza pone fin al matrimonio de una madre alicantina que desafió a la justicia escandinava tras casarse con un noruego hace más de un lustro. Los problemas matrimoniales propiciaron un temprano divorcio, que se materializó en 1999. El tribunal de Haugesund dictaminó entonces que la patria potestad de los pequeños sería compartida por ambos progenitores. Además, prohibió a la madre traspasar con sus hijos las fronteras nacionales.

La progenitora acató el mandato judicial hasta que notó irritaciones en los genitales de su niña, que todavía no alcanzaba los 5 años de edad. Sus sospechas se confirmaron de inmediato. La pequeña le explicó sin lugar a dudas el origen de sus lesiones y la madre la llevó a la comisaría. En las diligencias noruegas consta cómo la niña confió a los agentes que su padre la tocaba. Los jueces no ordenaron ningún examen psiquiátrico. Tan sólo encerraron a la niña con una policía para que le detallara las prácticas de su progenitor. El dictamen judicial se publicó 2002: causa archivada por «falta de pruebas».

Indefensión y huida

La indefensión a la que se vio sometida la joven madre la abocó a la opción más desesperada. Decidió obviar los mandatos judiciales y salir del país con los niños a cuestas. Fue a afincarse en Alicante, pero pronto su ex marido reclamó a los niños. La legislación noruega establece que los niños no podían salir sin el consentimiento de los dos cónyuges, por lo que la Embajada escandinava instó al Ministerio de Justicia a que restituyera a los dos menores. La Abogacía del Estado demandó a la progenitora por incurrir en un caso de sustracción de menores recogido por el Convenio Internacional de La Haya.

La hija entonces desgraciada suerte de la madre, que ha preferido mantener su identidad en el anonimato, comenzó a enderezarse desde el momento en que se topó con Ana Parra, una joven letrada



Portadas de las dos sentencias dictadas en Alicante. / F. CAPARRÓS

Una resolución firme que puede sentar precedente

F.P.
ALICANTE.— En términos netamente jurídicos, la resolución de la Audiencia Provincial de Alicante cuestiona la influencia de otras legislaciones en el ámbito judicial español. Por un lado, coincide con el fallo del juez de primera instancia en lo referente a la prevalencia del riesgo de los menores frente a cualquier otro precepto. Pero por otra parte, advierte que las resoluciones dictadas por el tribunal noruego a la hora de restringir la salida de ese país de una ciudadana española pueden no tener validez

en España. Así, señala que dicha sentencia puede ser incompatible con el precepto constitucional que que da a los españoles la «el derecho a elegir libremente el lugar de residencia y de entrar y salir libremente de España en los términos que establece la ley». Este enunciado encaja dentro del propio Convenio Internacional de La Haya, puesto que este prevé que podrá denegarse la restitución, «cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades funda-

mentales», entre ellos, el de libre deambulación y residencia. Asimismo, el tribunal de la sección sexta de la Audiencia Provincial abunda en el concepto de custodia y patria potestad para concluir que corresponde a la madre el deber de cuidar y proteger a los niños, establezca lo que establezca la legislación noruega. Para explicarlo, recurre al fallo del tribunal nórdico en el que se prohibía la salida del país de la madre, a quien, no obstante, se atribuía la custodia, pese a que la patria potestad fuese compartida. Con el derecho

Secuencia de un martirio de indefensión

F.P.
ALICANTE.— La joven madre alicantina ha vivido durante los últimos cinco años un periplo angustioso caracterizado por la soledad, la indefensión y, sólo en última instancia, la sensación de justicia y tranquilidad.

► **La boda.** La involuntaria protagonista de esta terrible historia con final feliz se enamoró ciegamente de un noruego y decidió casarse con él y trasladarse a su país de origen. En la península Escandinava nacieron sus dos hijos a finales de los noventa.

► **La separación.** La vida noruega no era lo que la española esperaba y la crisis matrimonial desembocó en una separación en 1999.

► **El trato.** Como en todas las separaciones matrimoniales, los niños fueron los que más padecieron. Un tribunal nórdico impedía a la joven regresar a España. El juez estableció un régimen de visitas de fines de semana.

► **El calvario.** Durante las visitas, el progenitor abusó reiteradamente de la niña. En un momento dado, la madre observó irritaciones en los genitales y lo denunció a la policía. No se practicaron exámenes y el juez archivó el caso.

► **La huida.** En 2002 y totalmente indefensa, la madre decidió salir de Noruega y establecerse en Alicante. El Ministerio de Justicia la denunció por sustracción de menores.

► **Las sentencias.** Una joven abogada logró que un juez dictase orden de alejamiento contra el padre. Un demoleador informe demostró que la niña sufrió abusos y los jueces impiden su repatriación.



Fachada de la Audiencia de Alicante. / ERNESTO CAPARRÓS

de custodia en sus manos, falla el tribunal, la madre puede trasladarse con sus hijos donde quiera y «los jueces españoles no deben atender a la normativa vigente en Noruega», sentencia.

RESULTADOS SEMINARIO WIKI INTERACTIVO REALIZADO EN EL GRUPO II DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CURSO 2012/2013
(Profesora Pilar Maestre Casas)

1. Objetivos:

Con los Laboratorios de Jurisprudencia de Derecho internacional privado nos proponemos utilizar y ahondar en el uso de esta herramienta. Para ello seleccionamos algunos temas del programa que consideremos adecuados para que la lectura de varios textos jurisprudenciales, permita al alumno/a extraer una serie de principios e ideas esenciales sobre esa materia. Estas ideas se pondrán en común en clase. En concreto, con este proyecto nos proponemos:

1. Potenciar el aprendizaje autónomo del estudiante.
2. Crear/incentivar el hábito de leer y analizar jurisprudencia.
3. Fomentar la capacidad de comprensión y síntesis del alumno en la lectura de textos jurídicos.
4. Ser capaces de interactuar con los propios compañeros, potenciando el trabajo en grupo.

2. Participación. La participación en los seminarios es absolutamente voluntaria. La participación en los seminarios en modo alguno supone aprobar la asignatura, pero sí podrá conllevar que la calificación obtenida en el examen, una vez aprobado, suba hasta un punto más.

3. Sugerencias de pasos a seguir para el comentario:

- A) Descripción de los hechos y problemas que se plantean
- B) Comentarios sobre el tema en general, si procede.
- C) Qué hace el Tribunal (tesis en presencia)
- D) ¿Es correcta la elección que adopta el tribunal en su pronunciamiento? ¿Hay otra preferible? Posicionarse sobre si comparte o no la solución.

4. Tópicos a trabajar

-El **tema general** es el derecho de familia para relacionarlo siempre con derechos fundamentales y derechos del niño.

-**Temas específicos**, a título meramente orientativo:

- El Repudio;
- Poligamia;
- Filiaciones obtenidas a través de gestación por sustitución;
- Reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero;
- Transformación de una Kafala en adopción;
- Custodia y derechos de visita con traslado al extranjero del menor o progenitor;
- Sustracción internacional de menores: devoluciones al extranjero.

Sumario

I. MATRIMONIOS DE COMPLACENCIA.....	259
1.- Sentencia AP de Asturias, nº 239/2010, de 14 de mayo: especial referencia a la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, por FRANCESC CHOLVI ROIG	259

II. EL REPUDIO.....	263
1. -Auto AP Castellón (Sección 2ª), núm. 184/2005 de 13 septiembre, por MARÍA VANESSA MACARIO PERERA	263
III. POLIGAMIA.....	266
1. Poligamia y Derecho español, por LORENA GONZÁLEZ MARTÍN Y MERCEDES MATEOS RUBIO	266
2. Sentencia TS (Sala C-A), de 10 octubre de 2011, sobre denegación de la concesión de nacionalidad española por poligamia, por JAIME MARCOS NADAL	271
3. Matrimonios poligámicos y reagrupación familiar, por SILVIA GONZÁLEZ PEDRUELO, GUILLERMO HERNÁNDEZ ESTEBAN, PATRICIA HERNÁNDEZ PÉREZ, SANDRA JUÁREZ RUIZ Y MARÍA MARTÍN MARTÍN	273
IV. FILIACIONES OBTENIDAS A TRAVÉS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ...	279
1. Filiación y maternidad subrogada, por CARMEN GONZÁLEZ ÁLVAREZ	279
V. TRANSFORMACIÓN DE UNA KAFALA EN ADOPCIÓN.....	282
1. La conversión de la Kafala en adopción, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), Auto núm. 153/2011 de 27 de Junio, por NATÁLIA LOPES ARARUNA	282
2. La kafala y el problema de reconocimiento de sus efectos, TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia 58/2008, 31 enero, por SARA BARROSO FIJO	286
3. Transformación de la Kafala en Adopción, por NIEVES GÓMEZ EGIDO	289
VI. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	294
1. Sustracción internacional de menores, por LAURA LADERO BARROSO, CARLOS LÓPEZ VEGA, ROCÍO MANZANO CAPEL	294
2. Caso Neulinguer y Shuruk contra Suiza, Sentencia de 8 de Enero de 2009, por CANDELA MARTÍNEZ PEÑA y JOSÉ EMILIO MARCELLO DE LA PEÑA	299
3. La sustracción internacional de menores. Asunto: Santos Nunes vs. Portugal, por BEATRIZ HERNÁNDEZ RAMÍREZ	304
4. STEDH de 26 julio 2011: Caso SHAW vs Hungría, por PAULA MAYER GONZÁLEZ	307
5. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010 (Asunto c-211/10), por CARLOS GONZÁLEZ VERGARA y SERGIO MODINO SICILIA	311
6. La sustracción internacional de menores: Comentario a la STJUE de 22 de diciembre de 2010, As. C-491/10 PPU: oposición a la ejecución de resolución certificada que ordena la devolución del menor basada en la violación grave de derechos del menor, por DAVID GARCÍA GUILLÉN	315

I. MATRIMONIOS DE COMPLACENCIA

1.- Sentencia AP de Asturias, nº 239/2010, de 14 de mayo: especial referencia a la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, por FRANCESC CHOLVI ROIG

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias número 239/2010, de 14 de mayo surge como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por Don Carlos Antonio, de nacionalidad armenia, contra la sentencia número 266/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Gijón, que declaraba la nulidad matrimonial del matrimonio celebrado entre el ahora apelante, D. Carlos Antonio, y la apelada, no personada en el trámite ante la Audiencia Provincial, Da. Sonia.

La sentencia de primera instancia, de fecha de 22 de septiembre de 2009, declara la nulidad matrimonial al entender “que existe causa legal para ello, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración”.

En el escrito de apelación del que nace la sentencia que ahora nos ocupa, se alega la errónea apreciación de la prueba, insistiendo en que el consentimiento prestado lo fue única y exclusivamente para contraer matrimonio, y no para otros fines a efectos del estado civil del apelante armenio, solicitando, así, la revocación de la Sentencia y desestimación de la demanda.

Como narra el fundamento de derecho tercero, el apelante, D. Carlos Antonio, y la apelada, demandante en primera instancia, Da. Sonia, se habían conocido a través de una amiga rusa, Olga, a la que el apelante había comentado que quería permanecer en España, y “que había oído que casándose con una española, podría obtener la nacionalidad española”. Solicitó el apelante a Da. Sonia contraer matrimonio, quien, habiendo aceptado, recibió a título de “regalo” del apelante 1000 # (se presupone que son euros), y otros 1000 # (habrá de presumirse que para el apelante también éstos últimos fueron a título de presente o regalo), siendo la única intención de D. Carlos Antonio casarse con ella para obtener la pertinente documentación española. Pese a ser una cuestión puramente crematística, irrelevante a los efectos jurídicos que aquí se vienen a discutir, la sentencia afirma que la apelada percibió dos pagos, de 1000 # cada uno de ellos, si bien la posterior declaración del novio de aquella, D. Iván, revela que la apelada percibió no 2000 #, sino 2500 #.

Recoge este mismo fundamento que, en su declaración en comisaría, la apelada, Da. Sonia declaró, como viene siendo habitual en este tipo de uniones, que nunca existió convivencia efectiva entre ambos, y que el único motivo que la condujo a contraer aquel matrimonio fue ayudar al apelante a regularizar su situación en España, no impulsando la separación legal para no perjudicarlo. Posteriormente, ambos cónyuges acordaron verse, acudiendo el apelante a dicha reunión con su verdadera pareja sentimental Da. Knarik (con quien comparte una hija de corta edad). De la declaración de Da. Sonia se desprende que Da. Knarik ofreció a la apelada 1500 # más antes de la realización de la entrevista de D. Carlos Antonio para el trámite de la nacionalización, y otros 500 # cuando aquél obtuviera el Documento Nacional de Identidad. A todo ello, adiciona el tribunal que, en su declaración, el novio de Da. Sonia, D. Iván, declara que su pareja le había confesado “que estaba casada con un ciudadano armenio y que la boda se celebró por una cuestión de conveniencia mutua, que se debió a la petición de Carlos Antonio para obtener documentación en regla, que Carlos Antonio convive con su verdadera mujer llamada Knarik, con la cual tiene una hija de corta edad”.

Este es, como tantos otros supuestos en los últimos tiempos, un claro caso de matrimonio de complacencia o con reserva mental, que en nuestro derecho viene mayoritariamente informado por la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la DGRN, sobre los matrimonios de complacencia. Conforme a este texto, que habrá de tomarse como base para analizar el concepto del matrimonio de conveniencia, se habla de tal enlace como aquel en la que un ciudadano extranjero, abonando precio cierto a ciudadano español, contrae matrimonio con este último bajo el acuerdo, expreso o tácito de que nunca habrá convivencia matrimonial auténtica o efectiva entre ambos, ni voluntad de crear un proyecto de vida en común ni de formar una familiar, y de que, transcurrido un determinado lapso de tiempo, se instará la disolución matrimonial, o, cuanto menos, la separación formal (la instrucción hace referencia únicamente a instar una disolución o una separación, si bien entiendo que debería hablar expresamente de separación formal o legal, puesto que la separación material, la de facto, ya existe desde que el matrimonio fue celebrado, dado que, recuérdese, nunca ha existido la convivencia y vida matrimonial). El

propósito no parece otro que el de beneficiarse de las consecuencias legales que dicha institución ampara en el campo de la nacionalidad y de la extranjería.

Es precisamente el elemento del consentimiento matrimonial, que en nuestro Ordenamiento aparece representado como esencial al entender el artículo 45 del Código Civil que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, el que se ausenta en este tipo de enlaces. El artículo 73 del Código Civil declara, con carácter general la nulidad de todos los matrimonios en que no concurra este consentimiento. Como acto de estado civil, en principio, para valorar el consentimiento tendríamos que estar a la ley personal del sujeto que presta el consentimiento. A la postre, nada obstaría la aplicación del artículo 9.1 del Código Civil a la hora de valorar el consentimiento. El problema se manifiesta en la dificultad de separar el consentimiento de la forma y de la concepción que se tenga sobre la institución matrimonial, lo que provoca que, en muchas ocasiones, para apreciar ese consentimiento, se acabe aplicando la *lex fori* (ley del lugar dónde se pretende que tenga efectos ese matrimonio).

Junto a esa disposición, ha de atenderse igualmente al Convenio de Nueva York de 10 de diciembre de 1962, relativo al consentimiento del matrimonio, a la edad mínima y al registro del mismo, dónde España es Estado parte, entrando en vigor en nuestro Ordenamiento el 14 de julio de 1969. Ya en el primer párrafo de su artículo primero aparece el siguiente tenor: “*No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley*”.

La Instrucción de la DGRN de 2006, deviene la sucesora de la ya existente Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995, sobre normas relativas al expediente matrimonial previo cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (en un sentido similar a la posterior resolución del Consejo de la Comunidad Europea, de 16 de diciembre de 1997, sobre medidas que deben adoptarse a los matrimonios fraudulentos. Esta intervención de la DGRN se produce porque, en nuestro Derecho, “no existían criterios claros sobre el tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia. En efecto, no se ofrecen criterios operativos y prácticos para detectar un matrimonio de complacencia ni en el Código Civil, ni en el Reglamento del Registro Civil, ni siquiera en la Instrucción DGRN de 9 de enero de 1995” (A.L., CALVO CARAVACA, J., CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado de 31 de enero de 2006”, número 6622, Sección Doctrina, 4 de enero de 2007, Diario la Ley, p. 6.). En cierto modo, parece que esta instrucción desplaza el criterio personal del artículo 9.1 del Código Civil por lo que alguna doctrina ha venido a denominar la tesis de la “ley múltiple”, pero única y exclusivamente en cuanto a la forma de celebración del matrimonio (si es que este extremo alguna vez pudo ser incluido en el arca del foro de la ley personal del artículo 9.1 CC), no afectando, en consecuencia, ni a la capacidad nupcial ni al consentimiento matrimonial, que siguen rigiéndose por la ley personal de cada contrayente.

Para profundizar un poco más en estas últimas afirmaciones, ha de analizarse un poco más el sentido de ésta tesis. Según la misma, en Derecho Internacional Privado, el matrimonio es un negocio jurídico que halla en su base diversos componentes, la regulación de cada uno de los cuales corresponde a una norma de conflicto diferente. Cada norma de conflicto se rige por la idea de proximidad, es decir, que cada componente del negocio jurídico matrimonial se rige por la ley del país más vinculado al supuesto.

Así, como ya anunciaba antes, la capacidad nupcial y el consentimiento habrán de regirse necesariamente por la ley personal, determinada como es sabido por su nacionalidad, ya que de lo contrario se estaría contrariando el tenor literal del artículo 9.1

del Código Civil, que se refiere a ambos extremos (en el caso concreto del consentimiento, en cuanto acto de estado civil). Queda pues, al arbitrio de la ley del lugar de celebración del matrimonio, de la *lex auctoritatis*, el tercer componente; la forma de celebración del matrimonio (si bien en ocasiones también este extremo también puede venir regulado por la ley personal de los contrayentes, según se sigue del tenor de los artículos 49 y 50 del Código Civil).

Pese a todo ello, parece claro que la Instrucción refuerza el trámite del expediente matrimonial previo (artículo 252 del Reglamento del Registro Civil), y pese a que no ejerza un control del fondo sobre la capacidad matrimonial del no nacional, cuyo examen ha de regirse por su ley personal (ello se hace a través de la emisión de certificados de capacidad matrimonial; obligación ésta asumida como consecuencia del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980 relativo a la expedición de certificados de capacidad matrimonial (artículo 1)), si se manifiesta ese desplazamiento del criterio del artículo 9.1 CC en el elemento del consentimiento, puesto que la Instrucción marca un control del consentimiento matrimonial previa y posteriormente a la celebración del matrimonio.

Este último argumento ha sido fuertemente criticado por CALVO CARAVACA, quien ha afirmado que este argumento, que critica la vía marcada por la DGRN, carece de lógica jurídica, puesto que confunde “la Ley que rige el consentimiento (y que determina si el consentimiento es válido o no lo es, si es auténtico y real o no lo es), con la Ley que rige el contenido de «aquello a lo que se consiente» (que son los derechos y deberes del matrimonio)”.

He de mostrarme confuso ante la expresión de este autor, que pretende marcar una diferencia en un concepto que yo entiendo unánime en la medida en que si el consentimiento es real, es auténtico (primer elemento de la definición de CALVO CARAVACA), no puede entenderse otro cosa más que a lo que se consiente es a los derechos y deberes del matrimonio (segundo elemento), puesto que forman estos parte del contenido más esencial del consentimiento matrimonial; aquel que se dirige a la creación de una comunidad de vida estable.

II. EL REPUDIO

1. -Auto AP Castellón (Sección 2ª), núm. 184/2005 de 13 septiembre, *por* MARÍA VANESSA MACARIO PERERA

El repudio unilateral, constituye una institución que, en ciertos ordenamientos jurídicos musulmanes (Argelia, Egipto, Marruecos...solo dos países musulmanes lo han abolido que son Túnez y Turquía) coexiste con el divorcio y también conlleva a la ruptura del matrimonio. El repudio marital clásico se caracteriza por una serie de elementos que plantean graves problemas de compatibilidad con el orden público internacional español: a) constituye un privilegio otorgado al varón; b) para su ejercicio no hace falta causa objetiva; c) ni la mujer ni el juez pueden oponerse; y d) tiene un carácter revocable.

Debe, no obstante, apuntarse que la institución conoce diferencias significativas de un ordenamiento a otro. Así, entre otras variantes, al repudio antes citado se le une el llamado repudio tipo “Khole”, el cual: a) es pactado por el marido y la mujer en el momento de la celebración del matrimonio; b) se puede producir a instancias de la mujer a cambio de una compensación de esta a aquel; y c) resulta irrevocable.

El segundo tipo de repudio produce efectos similares a un divorcio y, en la medida en que la autoridad pública extranjera lleve a cabo una función equivalente a la que realizan nuestros tribunales, deberá ser reconocida por el procedimiento de exequátur. Asimismo, no puede considerarse que exista contrariedad con el orden público internacional español por que será perfectamente reconocible.

Por lo que respecta a las diversas modalidades de repudio marital clásico, no es posible afirmar, con carácter general, su contrariedad con los principios fundamentales del ordenamiento español. Deberá atenderse a las circunstancias concretas del caso.

a) En primer lugar, el repudio revocable vulnera el principio fundamental de la “estabilidad del Estado civil”, por lo que, en principio, resulta contrario al orden público. No obstante, debe analizarse si, en el supuesto concreto, el plazo para revocar ha expirado o no puesto que, en caso afirmativo, estaríamos ante un divorcio irrevocable y, por consiguiente, reconocible en España.

b) En segundo lugar, este repudio vulnera los derechos de defensa de la mujer si pretendió oponer objeciones al mismo y no le fue permitido (art. 954.2. LEC 1981). Ahora bien, ocurre que, en muchas ocasiones es la mujer la que i) renuncia a su derecho de defensa; ii) promueve esta manera de disolver el matrimonio por razones económicas y de rapidez procesal; e, incluso iii) es ella misma la que insta en España el reconocimiento de la decisión extranjera de repudio. De nuevo, en tales casos, el reconocimiento podrá concederse, puesto que, en el caso concreto, no se vulnera ni el orden público internacional español ni los derechos de defensa de la mujer en el proceso llevado a cabo en el país de origen.

La problemática del repudio marital en España viene cuando una de las partes quiere que se le reconozca esta decisión en nuestro país, y nuestros tribunales examinan caso por caso de qué tipo de repudio se trata y de las circunstancias concretas del caso para poder así decidir si es o no reconocible en nuestro país. Podemos comprobar esto si nos leemos sentencias que los tribunales casi siempre siguen la misma línea y es la de las explicaciones anteriores. Un buen ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial

de Castellón (Sección 2ª) Auto núm. 184/2005 de 13 septiembre AC\2005\1884 donde lo que se le pide, en un primer momento al juzgado de primera instancia, es el reconocimiento del repudio de la esposa y de modificación de las medidas acordadas en una sentencia de relaciones paterno-filiales donde se establece la pensión alimenticia a favor de la hija habida del matrimonio contraído en su día entre los litigantes y la pensión compensatoria establecida en favor de la esposa. Hay que tener muy claro que estas situaciones son totalmente independientes por un lado van las situaciones paterno-filiales y por otra la decisión de divorcio.

El auto del juzgado de primera instancia lo que hace es decidir que ellos no son competentes, una decisión que inmediatamente la revoca la Audiencia Provincial de Castellón porque conforme el art. 1 del Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 *“Los nacionales de cada uno de ambos Estados disfrutarán en el territorio del otro Estado, de libre y fácil acceso a los tribunales tanto judiciales como administrativos, para actuar en la defensa de sus derechos”*. La representante de la demandante se basa en este artículo y en el art. 22.3 de la LOPJ ya que en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro. Es evidente que los tribunales españoles si son competentes ya que ambos cónyuges a la hora de pedir justicia tenían residencia habitual en España, otro asunto es si es o no reconocible ese repudio.

Que por todo lo dicho con anterioridad también me parece evidente que no es reconocible en nuestro país ya que se trata de un repudio clásico que contradice el artículo 14 de la Constitución Española ya que la esposa no tiene nada que decir en este asunto y también va en contra del orden público internacional. La resolución de la Audiencia Provincial es en este sentido declara competentes a los tribunales españoles y declara el no reconocimiento del repudio.

La sentencia sigue hablando de la modificación de la pensión de alimentos de la hija que en este caso no nos interesa, pero por simple nota informativa si son competentes nuestros tribunales y se la adecuan a nuestra sociedad.

Esta es la línea que siguen las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, es decir, cuando son repudios clásicos no se reconoce en España pero si son los llamados “Khole” o de segundo tipo. Hay sentencia en los que el repudio es clásico pero de las circunstancias concretas del caso se deduce que no es una decisión discriminatorio ni va en contra del orden público de España y si se le permite el reconocimiento, como por ejemplo Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Auto de 21 abril 1998 RJ\1998\3563 donde en el documento del repudio se introduce una cláusula que ese repudio se hace irrevocable a los tres meses y es hecho ante fedatarios públicos y cumple con los requisitos del 954 LEC, así que se le otorga el exequátur. Visto todo ello tenemos que llegar la conclusión que hay unas reglas básicas pero hay que tener en cuenta las circunstancias de la casa.

Tenemos que decir que en España este tipo de problemas se plantean cada vez más ya que en nuestro país es receptor de inmigrantes y el 20% de los matrimonios celebrados en España son mixtos, es decir, entre un inmigrante y un español. Pienso que al ser de cultura tan diferentes tanto para el trato hacia las mujeres como para la educación de los hijos es normal que hay un índice más alto de divorcios de matrimonios mixtos que de matrimonios celebrados entre personas de la misma procedencia cultural.

A mi parecer, es totalmente correcta la corrección que le hace la Audiencia Provincial de Castellón al juez de primera instancia ya que, la representante de la demandante lo deja muy claro en su escrito de apelación, los tribunales españoles son competentes para pronunciarse sobre si se reconoce o no esa decisión marroquí España. También veo como afortunado la decisión de no reconocer esa decisión ya que es totalmente contrario a nuestro orden público y nuestras culturas, pero sobre todo porque es un divorcio revocable que provocaría una gran inseguridad jurídica en nuestro país, pues no tendríamos nunca la certeza si esa mujer está divorciada realmente o si en cualquier momento es revocado el repudio y tiene que volver con lo que era su marido.

III. POLIGAMIA

1. Poligamia y Derecho español, *por LORENA GONZÁLEZ MARTÍN Y MERCEDES MATEOS RUBIO*

1. Orígenes y problemática.

El matrimonio polígamo islámico supone la unión simultánea de un hombre con varias esposas.

El Derecho islámico permite al hombre celebrar matrimonio de forma simultánea, hasta un número máximo de cuatro, a pesar de que dicha posibilidad no es reconocida para la mujer, aunque hoy día, la mujer puede mediante pacto anterior al matrimonio excluir la poligamia de su futuro esposo. Art. 30 del Código de familia de Marruecos, en el que se regula expresamente la posibilidad de introducir una cláusula en el contrato matrimonial, por el que: “La mujer puede imponer al marido la condición de que no le sean impuestas otras esposas. En el supuesto de que se produjera el incumplimiento de la misma, la esposa podrá exigir al marido que se comprometa a no tener más de una esposa y a reconocerle el derecho a exigir la anulación del matrimonio en el caso de que se viole el compromiso asumido”.

A excepción de algunos países como Túnez en los que se prohíbe expresamente la celebración de matrimonios polígamos, en la mayoría de los países musulmanes se admite, a pesar de que su ejercicio se somete a condiciones concretas como la obligación de igualdad de trato entre las esposas en Marruecos.

Los elementos esenciales del matrimonio islámico son: a) que los contrayentes tengan capacidad suficiente. b) que se emita el consentimiento de las partes, siendo necesario que la oferta y aceptación se otorguen y expresen, a ser posible, por parte del propio contrayente y el representante de la mujer) que el contrato matrimonial se celebre ante dos testigos válidos que se encuentren presentes con el fin de asegurar publicidad al contrato. d) que no exista ningún impedimento. e) que el matrimonio islámico es poco formal y no exige el registro ni la presencia de autoridad competente para su válida celebración. f) que se constituya la dote.

Problemática:

La poligamia hoy día es un foco de conflicto en nuestro país debido a la inmigración, ya que los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero, conforme a la ley personal de sus integrantes, entran en conexión con nuestra sociedad y nuestro ordenamiento al establecerse dentro de nuestras fronteras.

Si bien inicialmente los distintos países de nuestro entorno europeo, con los que compartimos las mismas bases culturales, se negaron a extender a los matrimonios polígamos los beneficios que se concedían a las familias monógamas: pensión de viudedad, beneficios sanitarios, asistenciales... con el transcurso del tiempo, se han ido concediendo ciertos efectos a los mismos, por la necesidad de no conculcar los principios occidentales

de igualdad e integración social, pero aún así los casos de reconocimiento en España son escasos por la quiebra de los principios de igualdad y libertad de los esposos que supone esta configuración del matrimonio que choca frontalmente con el modelo matrimonial occidental.

Pero el problema se da a la hora de dar protección a los hijos que derivan de estos matrimonios y a la necesidad de dar la misma protección a las madres para no incurrir en discriminación por razón de sexo, raza etc.

La única solución posible es el reconocimiento selectivo para dar protección jurídica y económica a determinadas familias, ya que el no reconocimiento tiene graves consecuencias, como exigir al polígamo la elección de una de sus esposas y el abandono de todas las demás.

Y esta labor de selección se le atribuye al juez que será el encargado de recurrir a la ponderación de bienes en conflicto: por una parte, los principios inderogables del foro, y por otra, la protección que el art. 39 CE concede a la familia, sea cual sea su origen, y en especial, a las madres e hijos, iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminaciones por razón de filiación o de estado civil y todo ello sin incurrir en contradicción con el orden público.

Ahora vamos a tratar de mostrar los problemas más comunes que el matrimonio polígamo causa en nuestra sociedad.

2. Inscripción del matrimonio polígamo en España

Tras leer las tres sentencias facilitadas se puede extraer que los hechos que afectan a españoles, aunque se dieran antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el Registro Civil español competente siempre que cumplan los requisitos en cada caso exigidos.

En el caso de la inscripción del matrimonio polígamo no puede producirse la inscripción en el registro español en ningún caso debido en primer lugar a que existe de por sí un impedimento: el impedimento de ligamen que el ordenamiento español contiene en su código civil, artículo 46:

No pueden contraer matrimonio:

1. *Los menores de edad no emancipados.*
2. *Los que estén ligados con vínculo matrimonial*

(Este impedimento se acredita con el expediente instruido del matrimonio polígamo)

Aunque el matrimonio sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar el estatuto personal de los contrayentes, la Ley extranjera ha de quedar excluida y ha de aplicarse la norma de conflicto, por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12-3 CC) que impide la inscripción de un matrimonio poligámico porque atenta contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.

Así en el caso de estas sentencias donde el marido con residencia en España se había divorciado de la primer mujer pero después de haberse casado con la segunda y el caso de otro marroquí que pretende la inscripción por haber fallecido la primer mujer tampoco se da porque el fallecimiento se da dos años después de haber contraído matrimonio poligámico con la segunda esposa.

En definitiva se deniega la inscripción de estos matrimonios porque incurren en el impedimento de ligamen y chocan con el orden público internacional.

3. Denegación de la nacionalidad española por poligamia.

Para tratar de analizar esta cuestión tomaremos como referente la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 6ª) de 19 de junio de 2008. Se plantea aquí un recurso de casación ante el TS contra una sentencia dictada por la Audiencia Nacional, que desestimaba un recurso interpuesto por el recurrente –nacional de Senegal- contra Resolución del Ministerio de Justicia de 27 de noviembre de 2000 y que denegaba la concesión de la nacionalidad española. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

Procuraremos individualizar los motivos:

La Administración denegó la solicitud de nacionalidad invocando que el solicitante “no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que está casado con dos esposas”. Ante esto, el recurrente aporta dos argumentos para refutar la razón de la Administración; podemos decir que son las cuestiones centrales:

A. Infracción del Art 22.4 Cc por entender que la ley exige un grado de integración ‘suficiente’ y no ‘total’.

En respuesta, el TS sostiene que “no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface este requisito, ya que no es lo mismo residir en España –algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese- que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos”.

Efectivamente el Art 22.4 exige para la adquisición de la nacionalidad por residencia la justificación de una buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española.

En este sentido, hemos de hacer mención a la STS (Sala Contencioso - Administrativa, Sección 5ª) de 26 de febrero de 2010, en la que se dice que aunque la parte recurrente reúne los requisitos generales de residencia, no justifica suficiente grado de integración, puesto que su situación familiar no responde a una estructura de monogamia y que “la integración social deriva de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales españoles, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, del grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar”, algo que reitera más tarde la STS (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 6ª) de 19 de diciembre de 2011.

B. Invoca el Art 9.2 Cc para defender que la ley aplicable a ambos matrimonios es la ley personal de los contrayentes en el momento de la celebración y la ley de Senegal (en este caso) permite el matrimonio hasta con cuatro mujeres.

No sería aplicable aquí el Art 9.2 Cc por un motivo claro y superior: el orden público español del Art 12.3 Cc: *‘en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público’*. Vemos cómo el orden público funciona siempre como un límite intraspasable, una restricción a la aplicación del derecho extranjero. Esta STS que ahora nos ocupa lo define como “valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico” y la poligamia, dice, “no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español”. Tanto es así que se regula como delito en nuestro Art 217 del Código Penal.

Bajo nuestro punto de vista, lo que lleva a las sociedades occidentales a rechazar la figura de la poligamia (en la que los hombres pueden tener un máximo de cuatro esposas mientras que las mujeres sólo pueden tener un esposo) son más las cuestiones que subyacen a la misma y que provocan repulsión en el mundo occidental.

Nos estamos refiriendo con ello a la ínfima consideración de la que goza la mujer en el mundo islámico, ¿acaso se tiene en alta estima a un sexo al que se obliga a cubrir su cuerpo completo a fin de ocultar su figura e incluso su rostro? A nuestro parecer supone un trato vejatorio y ya no es esto una cuestión de diferencia cultural, sino de derechos de la persona, de derechos humanos. Asimismo, en múltiples ocasiones, la concepción del sexo femenino comporta abusos sobre ellas, restricciones de todo tipo e incluso el trato a la mujer como una parte más del patrimonio del hombre y por tanto su disposición sobre ella, tanto es así que llegan a referirse a la consumación del matrimonio como “la toma de posesión de la cosa comprada”, como afirma en su artículo la profesora MARÍA LOURDES LABACA ZABALA.

Es por todo ello por lo que la poligamia no se tolera en Occidente, pues choca de lleno con la moral y los principios que dan lugar a todo el Derecho de cualquiera de las sociedades de nuestro entorno.

La jurisprudencia española, por tanto, se mueve en la misma dirección. La denegación de la concesión de la nacionalidad se basa principalmente en la excepción de orden público y deja claro que la llamada a las leyes nacionales que rijan los matrimonios celebrados en el extranjero en ningún momento podrá servir para soslayar el orden público español, que incluye palmariamente la prohibición y completa oposición a la poligamia.

4. Reagrupación familiar y poligamia.

Nos centramos ahora en el estudio de las Sentencias del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 3ª de 28 de febrero de 2012 y de 6 de junio de 2012. En ambos casos el conflicto que se dirime es el mismo, pero en dos sujetos diferentes: el recurrente plantea recurso de casación contra sentencia dictada por el TSJ de Madrid en la que se ratificaba la decisión tomada por el cónsul en Dakar de denegar el visado a los hijos del recurrente para la reagrupación familiar.

El problema que se nos plantea en esta ocasión es que la posición mayoritaria de la Sala en ambas sentencias estima el recurso de casación por entender que los hijos – descendientes directos- menores de edad no necesitan requisito adicional su reagrupación está justificada por sí misma y siendo así, no hay obstáculos para que se reúnan con su padre en España. Se aferran los Magistrados al hecho de que la residencia con la madre en Marruecos no prima sobre la del padre y que además nuestro ordenamiento jurídico no exige que la reagrupación tenga que ser necesariamente del conjunto de la familia, pudiendo ser de parte de ella.

Sin embargo, en nuestra opinión, considero que lo que de verdad está latente detrás del planteamiento es la cuestión a la que hace referencia la Magistrada Doña MARÍA ISABEL PERELLO DOMENECH en su voto particular. Ella cree que la razón que subyace en la denegación del visado, como bien se dice en la sentencia, es la duda sobre la veracidad de las razones invocadas para solicitarlo. La Magistrada coincide con la Sala en lo que se refiere al derecho de reagrupación familiar, empero discrepa en el punto de entender que para ello hay que partir del acuerdo o conformidad de las partes y en este caso existe controversia e incertidumbre en cuanto al consentimiento de la madre. Apela a la desigualdad de la mujer en esos países para recalcar que el consentimiento tendría que ser examinado con rigor. La madre suscribe el acta notarial mediante su huella dactilar, lo cual

pone de manifiesto su condición de analfabeta y sin embargo no se hace apostilla alguna para aclarar que efectivamente se la puso al corriente del contenido del texto que estaba firmando, que conllevaba el traslado de sus hijos a otro país y la pérdida de contacto con ellos.

Aunque la Magistrada parece centrarse en esta cuestión, opinamos que donde de verdad hay que poner el acento es de nuevo en el aspecto del orden público. Así, el Art 16 de la Ley de Extranjería reconoce el derecho a la reagrupación familiar, Art 16.2: *‘los extranjeros en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el Art 17’* y en el Art 17.1.b) afianza este derecho para el caso de los hijos.

Sin embargo, quizás sea el Art 17.1.c) la clave para este entero tema que nos ocupa, al recoger que tendrán derecho a reagrupar a *‘los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español’*. La cuestión estará en analizar aquí si esa representación respecto de los hijos proviene de un matrimonio poligámico, en cuyo caso el residente no tendría derecho a reagrupar, pues el acto jurídico en el que tienen origen las capacidades representativas no sería admitido por el ordenamiento jurídico español, sino que sería contrario a él, pues la poligamia va en contra de nuestra cultura, de nuestro ordenamiento jurídico.

Además, por si no quedase lo bastante nítido el rechazo a la poligamia, el Art 17.4.3er párrafo de esta misma ley establece que *‘no podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares’*. Recoge por tanto con meridiana claridad que la ley personal del extranjero que permita estas prácticas no será aplicable en la reagrupación por contrariar el orden público y los principios de nuestro ordenamiento.

De nuevo vemos cómo el legislador recalca en numerosos preceptos de los distintos textos legales españoles su rechazo a la poligamia, así podemos encontrarlo en:

- Los citados preceptos de la Ley de Extranjería (17.1.b), 17.4.3º).
- Art 46 Cc: no pueden contraer matrimonio personas ligadas por un vínculo anterior.
- Art 66 Cc: el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes.
- Art 73 Cc: (de las causas de nulidad) si contraen matrimonio personas ligadas por un vínculo anterior sin disolver el matrimonio será nulo.
- Art 217 Código Penal: castiga con pena de prisión de seis meses a un año a la persona que contrajere ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior.
- Constitución Española 1978. Art 14: los españoles son iguales ante la ley, sin discriminación –entre otras razones- por razón de sexo. Art 32: el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Queda claro también aquí que la ley nacional de un extranjero no podrá ser utilizada para sortear el orden público, que se relaciona con la protección de la mujer y los menores.

A nuestro entender el ordenamiento jurídico español no puede abrir la veda a la poligamia para ninguna situación particular, puesto que, como ya hemos recalcado, es diametralmente contraria a nuestra cultura, a nuestro orden público y a nuestra ley fundamental. Es peligroso que la jurisprudencia realice este tipo de concesiones a la ligera, pues podría malentenderse como una aceptación tácita del asunto que subyace: el matrimonio polígamo en el que tienen origen las responsabilidades del padre.

Por tanto, coincidimos con la Magistrada y su voto particular, entendiendo como extremadamente laxas las apreciaciones que la Sala hizo de las condiciones y circunstancias del litigio al casar la sentencia del TSJ y conceder los visados para la reagrupación.

2. Sentencia TS (Sala C-A), de 10 octubre de 2011, sobre denegación de la concesión de nacionalidad española por poligamia, por JAIME MARCOS NADAL.

1- Descripción de los hechos y problemas que plantean

En este trabajo analizaremos la sentencia del contencioso administrativo, sobre la adquisición de la nacionalidad por residencia, y si existen suficientes grados de integración en la sociedad española para su adquisición.

El recurrente es vecino del país de Senegal casado en dicho país con dos mujeres, la primera boda sucedió en el año 1974 y la segunda en 1981, por tanto tiene la condición de polígamo, ciudadano que habla en buen castellano, con trabajo y nómina y aparente buena integración en nuestro país, pide por tanto la nacionalidad española por residencia, por cuanto además lleva en España residiendo desde 1991 y está inscrito en el padrón de Arteixo (A Coruña) vive con Dos hijos cursando uno de ellos estudios de enseñanza secundaria obligatoria.

En la demanda rectora contra la sentencia de la sala del contencioso administrativo de la audiencia nacional de 9 de junio de 2010, se alega que concurren en el interesado una serie de circunstancias de integración suficiente, y que la opción de poligamia en su país es correcta y conforme a su ley personal, teniendo hasta informes del ministerio fiscal y del magistrado juez- encargado solo oponiéndose la abogacía del estado.

El problema que se plantea es si es conforme a su ley personal la poligamia llevada a cabo en Senegal y por tanto si hay integración en la sociedad española, si cabe concederle la nacionalidad española o sin embargo en orden al orden público vulnerado en España no ha lugar a tal concesión como ya estableció el tribunal supremo en sentencia de 19 de junio de 2008.

2- Comentario sobre el tema de la poligamia

Nos encontramos ante una situación compleja, ya que la poligamia en su país de origen es perfectamente legal conforme a su ley personal, pero conforme a la ley española no puede ser aceptada porque hasta el artículo 217 del C.Penal lo establece como un delito. Por tanto la cuestión es saber si puede tener alguna eficacia en nuestro ordenamiento o puede tener un reconocimiento la poligamia que si es reconocida en su propio país.

El ciudadano ha escogido una situación que se opone al orden público y en ese punto reside su complejidad ya que se opone a los principios de igualdad reconocidos en el artículo 14 CE o la no discriminación sobre la mujer, así como diversos artículos como el art.10, 32. 39 CE ó 22 del Código Civil.

Citaremos una sentencia del tribunal supremo de 14 de Julio de 2004 “La poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero”

La poligamia presupone una desigualdad entre hombre y mujer que va claramente en contra del artículo 14 CE.

También citaremos una sentencia de 19 de junio de 2008 que al igual que la anterior dice que la poligamia repugna la ordenamiento público español y que si se ha mantenido el régimen de la poligamia sin que se haya llevado a cabo actuación alguna para adecuar su régimen a la legislación española no puede establecerse que dicha persona este integrada en nuestra sociedad

3- Decisión del tribunal

El Tribunal Supremo va a rechazar el recurso planteado por la parte actora, en base a varios argumentos, el principal es que establece que no se puede conceder la nacionalidad española a una persona que no se haya integrado suficientemente en nuestro país y no vale solamente con tener un trabajo estable o hablar la lengua correctamente sino que hay que adecuarse al orden público español, y en este caso la poligamia no concuerda con nuestro orden público, no solo no concuerda sino que va en contra o repugna valores tan importantes como la igualdad entre hombre y mujer, o la no discriminación por razón de sexo, o del derecho a contraer matrimonio del artículo 32 CE.

Todo lo podemos resumir en el artículo 22.4 Cc “El interesado debe justificar en el expediente regulado por la legislación del Registro civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española”

Por tanto el tribunal sigue a la sentencia de 19 de junio de 2008 que fue la más importante en este tema.

No va a reconocerse los efectos de esos matrimonios celebrados en Senegal en España, cosa que no afectara tampoco a la filiación de los hijos ni el derecho de alimentos relacionados con estos.

Hasta tal punto se repugna la poligamia en España que el tribunal hace referencia en varias ocasiones al artículo 217 del Código penal “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior será castigado con la pena de prisión de 6 meses a un año “. De esta forma queda claro que el tribunal rechaza de forma absoluta la poligamia y por tanto queda claro que un ciudadano polígamo no se ha integrado de forma correcta en la sociedad española, por muy bien que sepa hablar castellano o por muy buen trabajo que tenga.

4- Pronunciamiento personal sobre la sentencia

En este punto voy a exponer mi opinión personal acerca del pronunciamiento de dicha sentencia.

Desde el punto de vista de este humilde estudiante creo que el tribunal acierta en denegar la nacionalidad española a este ciudadano senegalés porque es cierto que aunque según su ley personal se admita esta posición, la posición española y nuestro ordenamiento está muy claro que se deniega en base a numerosos artículos tanto de la constitución como del Código penal como del Código civil.

Así mismo a través de la jurisprudencia hemos señalado diversas sentencias que establecen la misma solución que dicha sentencia, la ley personal del extranjero no debe primar sobre nuestro orden público, que es el conjunto de principios y valores en los que se asienta la ley española, y desde la sociedad española no está bien visto la poligamia, en la que se concurre una discriminación hacia la mujer y una desigualdad hacia ella muy grande.

Pero también es cierto que estas mujeres pueden quedarse en una esfera de inseguridad al no reconocerse esos matrimonios, y creo que se debería proteger de alguna

manera a estas mujeres y a situaciones en las que pueden verse abocadas, como la viudedad y sobre derechos como el cobro de pensiones.

En este sentido vemos un Auto de 9 Febrero de 2009 en casación del Tribunal Supremo donde sí se concede la nacionalidad española a un ciudadano senegalés a quien en primera instancia el Ministerio del Interior denegó la solicitud al cuestionar que estuviera integrado en la sociedad, el tribunal dice que prima su adaptación sobre su decisión de ser polígamo y que la poligamia es correcta en su país y conforme a su religión. Esta es un auto contrario a la sentencia vista en el comentario, con ello quiero exponer la no unanimidad doctrinal en este tema, en mi opinión creo que la sentencia recoge unos principios más exactos y claros que el auto por lo que creo que el orden público creo que debe estar por encima de otras situaciones mas cotidianas como la lengua o el trabajo.

Si tenemos sentencias en las que puede haber un punto mas intermedio como es la del Juzgado de lo Social numero 3 de la Coruña de 1998 o del Tribunal Superior de Galicia de 2002, en la que hay una protección de estas mujeres al concederlas a las dos la pensión de viudedad, por la muerte del marido polígamos, pienso que la mujer no debe quedar desprotegida, y creo que debe existir un cierto reconociendo a estos matrimonios en aspectos socio económicos y respecto a los hijos, pero no en cuanto a la concesión de la nacionalidad.

También estoy en completo acuerdo sobre otro tema que recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo que es la reagrupación familiar, en la que sólo se permite la reagrupación de un solo cónyuge, y no de más de uno como se pretende en ciertas demandas.

3. Matrimonios poligámicos y reagrupación familiar, *por SILVIA GONZÁLEZ PEDRUELO, GUILLERMO HERNÁNDEZ ESTEBAN, PATRICIA HERNÁNDEZ PÉREZ, SANDRA JUÁREZ RUIZ Y MARÍA MARTÍN MARTÍN*

Sumario: I. Descripción de los hechos. II. Comentario sobre el tema. III. ¿Qué hace los tribunales? 1. STSJ Madrid de 21 de julio de 2010. 2. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de febrero de 2012. IV. ¿Es correcta la elección? ¿Hay otra preferible? V. Bibliografía.

I. Descripción de los hechos

D. Fidel, procedente de Gambia y nacional español, solicita un visado de residencia para reagrupación familiar en régimen comunitario para sus tres hijos menores de edad, todos ellos de nacionalidad gambiana: Narciso (2001), Roque (2004) y José Luís (2005).

En el momento actual, los menores viven en Gambia con su madre y otros hermanos arraigados allí todos. Lo que pretende el recurrente es la reagrupación de los hijos habidos con su primera esposa, que se quedará en Gambia, para lo cuál ha solicitado los visados de residencia para Narciso, Roque y José Luís y que así puedan vivir con él en España. El recurrente tiene una nueva pareja, con la que vive, junto a un hijo de ésta y un hijo común y es, en esta nueva familia, donde pretende introducir a los menores.

Las tres resoluciones del Consulado General de España en Dakar, de 7 de octubre de 2009 denegaron las solicitudes de visado de residencia para los hijos de D. Fidel.

El padre niega que pretenda separar a los hijos de otros hermanos puesto que pretende traer a todos los hijos que tuvo con la primera esposa y además niega que se trate de una imposición del padre a esa primera esposa pues consta el consentimiento expresado por ésta, tratándose de una decisión tomada conjuntamente en beneficio de los hijos. Doña Tatiana ha expresado su consentimiento a través de un documento que incorpora declaración jurada, para que los hijos se reúnan con su padre.

II. Comentario sobre el tema en general

El concepto reubicación o reagrupación internacional de familias es un término nuevo que hasta hace poco se incluía en los supuestos de traslado ilícito de menores. Sin embargo, muchos supuestos de reagrupación no son ilícitos, sino que tienen una justificación en una causa lícita.

Se entiende por reubicación familiar el traslado a largo plazo a otro país por parte de un progenitor con su hijo cuando en el país de origen permanece el otro progenitor. Se da este problema cuando se ejerce una custodia compartida o cuando uno de los progenitores tiene un derecho de custodia y otro de visita y es demasiado gravoso ejercitar ese derecho de visita.

En la actualidad la reagrupación familiar provoca grandes problemas, ya que las legislaciones estatales difieren a la hora de abordar el tema de la reagrupación familiar. Algunos países establecen en sus legislaciones que el menor solo puede ser trasladado si el otro progenitor da su consentimiento, mientras que otras, son contrarias al traslado de los menores, y otras dejan en manos de los tribunales este tema. En todo caso hay que tener presente siempre el interés del menor.

A raíz de estos problemas relativos a la reagrupación familiar, el Consejo de Europa elabora la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. En su artículo 2 la Directiva define reagrupación familiar como:

La entrada y la residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante (p.2).

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2003 entiende que la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia y además contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, o lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social.

La reagrupación familiar conlleva el derecho que adquieren aquellos extranjeros que se encuentran viviendo en un determinado país a reunir, bajo ciertos requisitos, a cuantos ascendientes o descendientes tengan a su cargo y que continúen en su país de origen.

Las medidas de reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger a la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos de Derecho internacional. Así pues, la reagrupación familiar es un concepto bastante controvertido, ya que el tema gira en torno a la idea de proteger a la familia, además del respeto a los valores y principios de las personas reagrupadas.

III. ¿Qué hace el tribunal?

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó una sentencia de fecha 21 de julio de 2010 desestimando un recurso contencioso administrativo interpuesto contra tres resoluciones del Consulado General de España en Dakar, de 7 de octubre de 2009. Ante lo cual se interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) que dictó sentencia de fecha 28 de febrero de 2012.

1. En primer lugar trataremos la sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21-07-2010.

La decisión del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) por la que se deniegan los visados de reagrupación con el padre, natural de Gambia y nacionalizado español, de los 3 hijos se fundamenta en que: al venir a España, estos dejarían a otros hermanos y a la madre en Gambia, para reagruparse en nuestro país con la otra esposa del padre, el hijo de esta y el hijo común.

Esto es considerado por el tribunal como una desagrupación respecto de los solicitantes, la madre y sus otros hermanos más que una verdadera reagrupación. La legislación en la que se basa la sentencia gira entorno a la reunificación de una familia rota por la inmigración. La pregunta es si lo que se pretende es una verdadera reunificación.

El tribunal entiende que lo se va a hacer es desarraigar a los hijos de la madre, de los otros hermanos y de su país de origen, en definitiva introducirlos en una familia ajena a ellos.

El requirente en la demanda que interpone para solicitar los visados, alude a la vulneración del Art. 4-2 del RD 240/2007. El artículo 4 establece en el primer apartado, que la entrada en un territorio español de un ciudadano de la Unión se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular. El apartado 2 que es al que alude, antes de su modificación por Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio RCL\2009\1467, establece:

Los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo efectuarán su entrada con un pasaporte válido y en vigor, necesitando, además, el correspondiente visado de entrada cuando así lo disponga el [Reglamento \(CE\) 539/2001, de 15 de marzo \(LCEur 2001, 1016\)](#).

Sin embargo la modificación que recoge en un único artículo dispone que:

La posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, válida y en vigor, expedida por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener el visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requerirá la estampación del sello de entrada o de salida en el pasaporte.

El tribunal desestima esta alegación partiendo de la base de que el objeto del RD 240/2007 mencionado en el artículo 1 es:

Regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (p.2).

Y en este caso el demandante es nacional español.

Además el tribunal considera que lo que el padre alega en la demanda, es un verdadero fraude de ley contra el verdadero concepto de reagrupación ya que el padre lo que pretende ejercitar es un derecho patrimonial sobre los hijos, decidir su destino y que la madre biológica acepte sumisa esa situación, ya que aunque no se plantea la madre biológica, no podrá reagruparse en España conforme a la LO 4/2000, que en el artículo 17.1 a) prohíbe la reagrupación de más cónyuges aún cuando su ley nacional permita situaciones de poligamia.

2. En segundo lugar nos ocupamos de la sentencia ante el Tribunal Supremo de 28-02-2012.

El fallo del Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de 21 de julio de 2010 dictada por el Tribunal superior de Justicia de Madrid. Considerando que las resoluciones del Consulado General de España en Dakar, que denegaban el visado de residencia para la reagrupación familiar de los hijos de D. Fidel, no se ajustan a derecho y por ello las anula y declara el derecho de los menores a la obtención de los visados de residencia solicitados.

Se fundamenta en primer lugar en el Real Decreto 240/2007 sobre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares. También se fundamenta en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de Abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

En la citada directiva, se establece el derecho de residencia permanente en territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia. Se considera “miembro de la familia” los descendientes directos menores de 21 años, según el artículo 2. Por tanto, se reconoce a los hijos los derechos de entrada y residencia según se establece en los artículos 5 y 6. Por tanto, determina que se cumplen las condiciones para la reagrupación familiar, lo que permite la estancia de los hijos del recurrente en España.

Además en la sentencia se muestra favorable a la reagrupación parcial, se trata de supuestos que no implican el traslado a España del núcleo familiar entero. Esto en virtud del concepto de reagrupación que ofrece la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros, se trata de la reagrupación promovida por ciudadanos extranjeros y, por tanto, más limitada que la ejercida por los nacionales.

Además, nuestra legislación no exige para que exista reagrupación que se extienda al conjunto de los miembros de la familia, sino que se puede entender lo contrario en función de lo establecido en el artículo 42 del Reglamento (RCL 2011, 81, 1154) de la Ley 4/2000 “a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar”. A esto hay que añadir que el artículo 18 de la Ley 4/2000 exige al reagrupante que acredite que dispone de vivienda adecuada y medios económicos suficientes para cubrir las necesidades familiares, lo que supone que no siempre lo consiga respecto a todos los miembros de su familia.

Este tribunal no niega la fragmentación a la que puede dar lugar esta situación pero añade que la fragmentación existe desde el mismo momento en que uno de sus miembros emigra a España, y considera acogible a derecho la pretensión del padre de disfrutar de algunos de sus hijos en nuestro país.

Por último, el tribunal declara que las circunstancias en las que se funda la Sala de instancia se funda para denegar la reagrupación familiar obedecen a sospechas y suposiciones (presunción de que el consentimiento de la madre está viciado o no existe).

Por todo, se procede a revocar la sentencia impugnada, estimar el recurso contencioso administrativo, anular los actos administrativos impugnados y declarar el derecho del recurrente y sus hijos a la obtención de los visados.

Voto particular de la magistrada de la sala Excma. Sra. Doña María Isabel Parello Doménech: Entiende que el recurso de casación debió haber sido desestimado.

IV. ¿Es correcta la elección? ¿Hay otra preferible?

Desde nuestro punto de vista, la solución que adopta el Tribunal no es la más correcta, preferimos la solución adoptada en la Sentencia de 21 de julio de 2010, solución defendida también por el voto particular emitido por la Magistrada Domenech en la Sentencia de 28 de febrero de 2012.

La reagrupación familiar es un tema complejo a la par que delicado, puesto que entran en juego los intereses de los menores implicados. El interés superior del menor debe prevalecer en todo caso pero, desgraciadamente, detrás del mismo se encuentran camuflados en un buen número de ocasiones, otro tipo de intereses que distan mucho de aquello que sea más beneficioso para el menor o menores implicados en el conflicto.

Lo primero que hemos tenido presente para pronunciarnos a favor de una u otra solución, son las circunstancias sociales y culturales en las que se desarrolla el caso. Nos situamos en Gambia, país africano con una cultura mayoritariamente islámica, cultura marcada por la desigualdad de mujeres respecto de los hombres en todos los ámbitos de la vida diaria: cultural, político, jurídico... Todas estas circunstancias distan mucho de la cultura occidental. Se trata de una realidad inconciliable con el orden público español que rechaza esa situación de sumisión de la mujer al hombre, lo que se traduce en figuras como la poligamia, que dejan clara la situación de la mujer en los países de religión islámica. Por ello, el ordenamiento español, en determinados casos, se ve atenuado y nos permitirá integrar figuras como la poligamia o el repudio en nuestro ordenamiento, figuras a priori rechazables para nosotros, todo ello para proteger a la mujer.

Rechazamos la petición del marido de traer a los hijos a España por la creencia de que aquí tendrán mejores expectativas de formación y desarrollo porque pensamos que está ocultando intereses propios en el traslado de los menores, arraigados a la idea de superioridad del marido y que implican que los hijos son patrimonio del marido y que puede decidir soberanamente sobre ellos, sin que la mujer pueda opinar al respecto. La madre también tiene derecho a vivir y cuidar de sus hijos, al igual que lo tiene el padre y, por ello, deben decidir conjuntamente sobre el bienestar de los hijos.

Es cierto que en este caso se dice que la esposa ha prestado el consentimiento para que los hijos puedan reagruparse con el padre en España pero pensamos que ese consentimiento, por la manera en que se ha prestado, no garantiza que haya existido una verdadera voluntad de la madre de que sus hijos sean trasladados a España, más bien pensamos que la esposa ha accedido sumisa a la idea del marido de reagrupar a sus hijos.

Al margen de lo jurídico, hacemos una reflexión moral. Pensemos, qué madre consiente que se lleven a sus hijos a tantos kilómetros de distancia y, probablemente, no los vuelva a ver hasta dentro de mucho tiempo. Es cierto que es difícil saber si el consentimiento ha sido otorgado de manera voluntaria, de manera forzosa o, incluso, si ha existido dicho consentimiento puesto que, en este caso, la madre, analfabeta, ha otorgado consentimiento mediante su huella dactilar y no consta que lo haya otorgado ante testigos, ni si tiene constancia de lo que quiere decir el documento en que plasma su huella. Este es nuestro principal argumento para apoyar la decisión de denegación de los visados de los

menores para el traslado: no hay constancia de que el consentimiento haya sido prestado de una manera fiable, si esto se demostrara, el traslado de los menores podría resultar viable.

Como hemos dicho, el interés superior del menor debe prevalecer por encima de todo, por ello, hemos de tener en cuenta lo que nos dice la Sentencia casada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y es que, con esta reagrupación puede producirse simultáneamente una desagrupación puesto que se separa a los niños de su madre y esto puede afectar al desarrollo de su nueva vida en España.

Todo este conflicto de la reagrupación familiar podría agravarse y desembocar en otro problema, igualmente complicado como es la sustracción de menores, en caso de la negativa por parte de la madre a prestar su consentimiento, el padre podría tomar la decisión de trasladar ilícitamente al menor.

Son ambos progenitores y no sólo uno el que debe decidir sobre los hijos y creemos que en este caso no ha sido así, que ha sido un consentimiento un tanto viciado cuando no inexistente, condicionado en gran medida por la situación socio-cultural en la que se desarrollan los hechos.

Con todo ello, pensamos que una posible solución podría ser la mediación familiar, que las autoridades de los Estados hagan de mediadoras para solucionar los conflictos en los que entran en juego derechos fundamentales porque, es curioso que, tanto progenitores como autoridades invocan el interés superior del menor pero la realidad es que éstos son las verdaderas víctimas de estas situaciones: los niños.

V. Bibliografía

- Base de datos Westlaw. (2010), de 21 de julio, *STSJ*, Madrid.
- Base de datos Westlaw. (2012), de 28 de febrero, *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo)*.
- BOE (2007), Ley 240/2007, de 16 de febrero, *de entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, Madrid.
- Fratini, F. (2003), de 22 de septiembre, *del derecho a la reagrupación familiar*, Diario Oficial de la Unión Europea, Bruselas.

IV. FILIACIONES OBTENIDAS A TRAVÉS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. Filiación y maternidad subrogada, *por CARMEN GONZÁLEZ ÁLVAREZ*

Sumario: I-Normativa y textos. II-Consideraciones generales: problemas. III-Comentario: opinión personal.

I-Normativa y textos

1-Normativa:

Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, hecha en New York el 20 de noviembre de 1989.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida.

Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la Filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

2-Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Res. DGRN 18 de febrero de 2009, inscripción de nacimiento de hijos de dos Varones españoles nacidos en California, (EEUU de América).

Sent. Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, cancelación de la Inscripción como hijos de dos varones españoles de los nacidos en California en vientre de alquiler.

SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 826/2011, de 23 de noviembre, inscripción de niños nacidos en California por gestación por sustitución.

3-Bibliografía

P. Maestre Casas, Multiculturalidad e internacionalidad de valores, incidencia en el sistema español de derecho internacional privado.

Ana Quiñones. Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada.

C. Lasarte Álvarez. La reproducción asistida y la prohibición legal de Maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria.

II-Aspectos generales

La maternidad subrogada es un tema ampliamente discutido que afecta a distintos aspectos generales, desde la moralidad y la ciencia, a la legalidad. En España está expresamente prohibido por las leyes 35/1988 y 14/2006, además del art. 221 del Código Penal.

Trasladado este tema al asunto concreto que consideramos, el de dos varones nacidos en California (EEUU) de dos varones españoles residentes en Valencia (España),

ha desencadenado múltiples aspectos legales y ha puesto de relieve la dudosa actuación, tanto de los particulares implicados como de los profesionales del Derecho, así como la utilidad de la legislación interna y los principios del Derecho internacional privado.

Por parte de los particulares: acto delictivo tipificado en el Código Penal, vulneración de los derechos del Niño en cuanto que los particulares obran en su propio beneficio y no en el de los menores. Derivada de esta situación carente del sentido de la responsabilidad moral, legal y democrática, ya que todos somos iguales ante la ley; los particulares implicados no han olvidado los derechos que para con “ellos” tenemos el resto de la Humanidad. Hay un claro incumplimiento de “sus” obligaciones y reclamación de “sus” derechos, que han de ser atendidos: solicitan inscripción en el registro Civil de un hecho tipificado como delito en España, además de la obligación del Estado del reconocimiento de los derechos de sus hijos como españoles y del reconocimiento de una certificación pública californiana, en cumplimiento del Derecho Internacional Privado. Conocen sus derechos y desconocen sus obligaciones, también están informados de dónde acudir para tener hijos y de los instrumentos que pueden dar validez a su actuación.

Por parte del Estado y el Ordenamiento Jurídico Español: existe disparidad de criterios entre lo establecido en la Constitución Española, Leyes de regulación específica, Código Penal y las competencias desempeñadas por la Dirección General del Registro y Notariado (DGRN), atribuidas por el art. 9 de la Ley del Registro Civil y el art. 41 del Reglamento del Registro Civil, que a modo genérico son de ordenación y dirección de los Registros Civiles, entre otras, y para el desempeño de sus funciones tiene la obligación de conocer toda la legislación aplicable, tanto interna como internacional.

También existe un conflicto en cuanto al Derecho Internacional Privado, sobre reconocimiento de un certificado otorgado por autoridad pública en California. ¿Cómo nos cuestionamos tal reconocimiento sobre un asunto expresamente prohibido en España?

Este caso pone de relieve la actuación de la DGRN en contra de la normativa estatal, y lo fundamenta en el interés de los menores, cuyos “padres” no han respetado.

III-Opinión personal

Se trata de un problema de gran importancia puesto que hay menores a los que proteger como consecuencia de que sus progenitores no lo hacen. Y no es de fácil solución porque encubre un acto delictivo penal, en el que se decide sobre la vida.

Considero que hay un vacío legal importante dada la realidad social imperante; el Estado español ha de buscar una solución al caso concreto, además de regular con urgencia sobre esta cuestión. Debería ser una regulación concisa sobre las consecuencias y medidas a adoptar en estas situaciones, y sólo considerar el reconocimiento de la decisión extranjera o documento público cuando existan vínculos con el Estado del que provienen, como lo hace con otras leyes en las que establece foros de conexión, por ejemplo, que los padres hayan residido en California por un periodo de tiempo de 6 años, tiempo suficiente de integración en ese Estado, y que posteriormente vuelvan a España. Con estos foros se reconocerían las decisiones de otros Estados; y las personas, puesto que van a delinquir, que lo hagan con algún coste, no sólo con el del viaje del desplazamiento a otro Estado.

Respecto al reconocimiento de certificaciones públicas de otros Estados, no se deberían tener en cuenta porque contradicen las normas de policía de nuestro estado, recogidas en el Código Civil, y las normas de orden público internacional, como el Principio de Exclusividad del Derecho Internacional Privado: las autoridades públicas de

un Estado, sólo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les planteen, sus propias normas de Derecho Internacional Privado. Actualmente son minoritarios los Estados partidarios de la Gestación por Sustitución.

El Estado Español inscribiría a los menores nacidos en California como hijos de un español (con prueba de paternidad genética) y de acuerdo a nuestra normativa, y ese sería el nombre de los menores, que debería de ser reconocido internacionalmente puesto que esos menores no tienen vínculos con otros Estados. La forma en la que figuraría el otro varón interesado en la paternidad, ha de adecuarse a la normativa española: padre adoptivo, cónyuge del padre. Con estas medidas conforme a Derecho, los menores quedarían protegidos.

Respecto a la DGRN, podría darse validez a la primera resolución, en la que permite la inscripción de los menores, con la única finalidad de que éstos pudiesen venir a España, único Estado con el que tienen vínculos, para desde aquí, otorgarles la protección que les corresponde como ciudadanos españoles desprotegidos. Validez temporal y excepcional, que persigue el interés del menor, para, posteriormente y con carácter de urgencia, otorgar una regulación para estas situaciones. Es necesario un control de las competencias de todos los organismos a disposición del Estado, al igual que sancionar las actuaciones irresponsables, como el caso que nos ocupa, que emite resoluciones en contra del Ordenamiento Jurídico español.

Salvaguardados los derechos de los menores al otórgales la nacionalidad que les corresponde, un nombre y apellidos; perseguir la conducta delictiva de los “padres”, con la pena establecida en el Código Penal, para inmediatamente después, adoptar las medidas necesarias para la protección de esos menores durante el periodo de tiempo en que los padres cumplen con la Justicia por el hecho delictivo cometido.

Es de todos sabido que el Derecho regulado va siempre detrás de la actualidad, y que la normativa de la que disponemos no siempre puede adaptarse a estas nuevas situaciones, pero no por ello debemos permitir que se produzcan cambios para actualizarnos mediante la comisión de actos delictivos. Hay más cauces para llegar a adecuarnos a las nuevas necesidades. Si se permiten estas conductas, se produce la quiebra del Principio de Igualdad de todos, por tanto, en mi opinión, el que no pueda convivir con la normativa de su Estado, que sufra el sacrificio individual de trasladarse a otro Estado, antes de vulnerar un principio común de todos, el cual disfrutamos, asumimos y también toleramos.

En todo caso, la actuación de las autoridades competentes ha de ser siempre conforme a Derecho, y los argumento que los padres aportan de no discriminación, no pueden estar únicamente basados en el sexo, cuestión ya modificada en nuestro ordenamiento, puesto que ellos pretenden una discriminación a su favor respecto del resto de los ciudadanos.

V. TRANSFORMACIÓN DE UNA KAFALA EN ADOPCIÓN

1. La conversión de la Kafala en adopción, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), Auto núm. 153/2011 de 27 de Junio, por NATÁLLA LOPES ARARUNA

I. La Kafala y la Adopción

a) La Kafala:

Figura especial prevista en el Derecho Islámico clásico. Una institución legal de protección de menores propia de los ordenamientos jurídicos de ciertos Estados del círculo cultural islámico. Es similar al acogimiento permanente. Hay unas características importantes a destacar.

1- La institución de la Kafala es directamente relacionada con la *prohibición de la adopción* en la religión musulmana.

2- El Kafil, titular de la Kafala, se hace cargo del menor, el Makful, y se *obliga a su manutención y educación*.

3- En los ordenamientos jurídicos que admiten la kafala, *no genera el vínculo de filiación entre el menor (makful) y sus acogedores (kafils)*. Siendo así, no tendrá el menor derechos sucesorios con la familia acogedora, inexistiendo así el vínculo de parentesco entre acogido y acogedor.

4- El titular de la kafala *no ostenta la patria potestad* respecto al makful.

5- Los ordenamientos jurídicos de algunos Estados, exigen para que la kafala tenga validez, que *el kafil profese la religión musulmana*. Ya que una de las finalidades de esta figura es asegurar que *el menor sea educado en la fe Islámica*.

6- La regulación de esta institución es muy variable, en algunos Estados no permiten la kafala internacional (Irán, Egipto) mientras otros, solo permiten si los potenciales kafils profesen la fe islámica.

7- Mecanismo jurídico de protección de menores desamparados, preservando el interés superior del menor.

b) La Adopción:

Figura creada a través de un vínculo jurídico, un parentesco civil que van a derivar relaciones análogas de las que resultan de la paternidad y maternidad por naturaleza. Tanto la filiación natural como la adoptiva, tienen los mismos efectos del Código Civil español, art. 108.2 Cc

Desde la Ley de 1987, la adopción pasa a tener una naturaleza integradora, ya que el adoptado pasa a integrar la esfera de la unidad familiar, siendo así, no habiendo diferencias entre los hijos naturales con el adoptado. No siendo igual, aún así, el padre a efectos jurídicos del mismo progenitor que sigue siendo el padre biológico.

La adopción también conlleva la ruptura de los vínculos anteriores que el adoptado pudiera tener con su familia originaria o seres consanguíneos, pasando así a ser miembro de pleno derecho e igualdad con la nueva familia. Una relación parental con toda la descendencia y parentela del adoptante. Los requisitos personales del adoptante:

- Ser mayor de 25 años, en caso de que haya dos cónyuges, basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. Pudiendo ser el único adoptante, conjunta con el cónyuge o sucesiva.

- Haber una diferencia mínima de 14 años entre el adoptado y adoptante, caso sea conjunta, se atenderá la diferencia ante el que tenga la edad más cercana al adoptado.

- Únicamente podrán ser adoptado los menores no emancipados, y en casos excepcionales a mayores de edad o un menor emancipado cuando haya habido una relación anterior de convivencia o acogimiento no interrumpida iniciada antes de que el menor haya cumplido los 14 años.

Con algunas prohibiciones:

No es posible adoptar un descendiente, ni a pariente de segundo grado en línea colateral; bien de consaguinidad o de afinidad, ni un pupilo por su tutor hasta que se haya probado judicialmente la cuenta general de la tutela.

II. Efectos jurídicos generales y particulares:

Efectos generales:

Una Kafala constituida por una autoridad competente, de forma voluntaria, podrá tener efectos jurídicos en España si se plantea el reconocimiento ante la autoridad española competente según el efecto jurídico pretendido. Cabe diferencia dos situaciones:

1. Si la Kafala ha sido dictada por autoridades miembros del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre la protección de los menores, deberá superar el control incidental previsto en su art. 23 y el control adicional específico en el caso de tratarse de una kafala transfronteriza. Art. 33 CH 1996

2. Si la Kafala ha sido acordada por una autoridad de un Estado no parte en el anterior convenio, la autoridad española controlará, incidentalmente, los siguientes extremos:

a. La autenticidad del documento, se exige la legalización del mismo art. 323.2 LEC, o apostilla, traducción al idioma oficial español del documento en que conste la kafala art. 144 LEC.

b. La intervención de la autoridad pública en la constitución de la kafala si ha operado con funciones constitutivas o feudatarias.

c. La competencia de la autoridad que constituyó la kafala.

d. Ajuste de los efectos constitutivos de la kafala extranjera al orden público internacional español.

Tras todo ese procedimiento, la kafala queda introducida en el orden jurídico español, mientras no haya sido reconocida no surtirá efectos legales en España.

Efectos particulares:

Habrá que analizar la kafala, si ésta despliega, según el Derecho extranjero de raíz islámica, la misma función que una concreta institución legal española desarrolla en el Derecho español: adopción, tutela, acogimiento, podrá entonces calificarse la kafala como tales instituciones españolas, pero solo y exclusivamente a determinados efectos jurídicos.

III. Posibilidad de transformar la kafala extranjera en una adopción española:

Habrà de acudir al art. 34 LAI, en el cual recoge dos objetivos:

1- Dejar claro que la kafala constituida por autoridades extranjeras no puede ser equiparada, sin más, a una adopción española.

2- Permitir la equiparación funcional de la kafala a un acogimiento o a una tutela española, para así facilitar la constitución ex novo, en España, de una adopción regida por la Ley española sobre el menor makful.

La constitución ex novo, se fundamenta en los siguientes puntos del art. 34 LAI.

a. Tesis de la equivalencia funcional: se equipara a la tutela o al acogimiento del Derecho español. Para ello, se requiere que concurren los demás requisitos art. 34.1 - 4 LAI.

-- Que los *efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar*, a los de la tutela previstos en la ley española.

-- Que las *instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente*, sea judicial o administrativa.

-- Que la institución de protección extranjera (kafala), se haya constituido con arreglo a la ley/es estatales designadas por las normas de conflicto del país de la autoridad extranjera que acordó la institución.

-- Que el documento de constitución esté traducido, legalizado o con apostilla.

-- Que la institución extranjera no produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español.

Esta equiparación es funcional, no se trata de buscar en el ordenamiento español una institución legal que sea igual a la kafala, dado que no existe. Solo se realiza y está operativa esta equiparación para facilitar la futura adopción del menor makful.

También se puede equiparar la kafala a la tutela o al acogimiento familiar para surtir efectos con tales figuras jurídicas reguladas por el Derecho español.

IV. Antecedentes de hecho Auto núm. 153/2011 de 27 de Junio:

1º El 12 de Octubre de 2007, nace en Marruecos, el menor Pedro Jesus, el Makful de la kafala constituida el 08 de Agosto de 2008 por el Juzgado de 1ª Instancia de Larache (Marruecos), en el cual declara al menor como abandonado.

2º Desde 19 de enero de 2009, cuando el Juzgado de 1ª Instancia de Larache ha autorizado el viaje del menor, los kafils y el makful viven en España.

3º El 23.12.2009 el Juzgado de I Instancia num. 7 de Martorell declara un Auto respecto al procedimiento de la adopción a través de la Kafala.

4º En el Auto se alegaba: "No autorizo la adopción del menor Pedro Jesús por sus tutores Rocío y Plácido, al no cumplirse los requisitos legales."

5º La Audiencia Provincial de Barcelona acepta el recurso de apelación sobre el Auto, autos núm. 96/2009 promovidos por los Sres. Plácido y Rocío.

V. Comentarios:

En base a lo alegado en el Auto apelado, respecto a la denegación de convertir la Kafala en Adopción por falta de requisitos legales, se debe precisamente a que la Kafala es una institución que no cabe la adopción, ya que ésta ni tan siquiera existe en el ordenamiento jurídico marroquí. País de origen del menor.

Los efectos que desprenden la adopción en España son totalmente contrarios a la esencia de la figura de la Kafala, mientras una genera una adhesión del adoptado en el seno de la nueva familia como un miembro más, como un integrante en el mismo nivel de los descendientes naturales no habiendo distinción entre estos. La otra, simplemente es una acogida Makful, que está bajo los cuidados del Kafil para su manutención y educación, sobre todo, en base a los principios religiosos musulmanes. Mientras la adopción recoge unos requisitos objetivos del adoptante, sin intervenir en su ideología ni en la religión que profese, si es que profesa, la Kafala recoge unos requisitos de lo más subjetivo. Teniendo el kafil de cumplir como mínimo el requisito de profesar la fe islámica.

VI. El Tribunal sobre la Apelación del Auto de denegación la conversión a adopción:

La apelación revoca el Auto anterior, alegando algunos puntos no estimados en la decisión judicial antecedente.

- Recoge el art. 34 L54/2007 de adopción internacional. En cual recoge unos procedimientos a seguir a la hora de convalidar por analogía la Kafala a figuras existentes en el derecho interno: acogimiento familiar y la tutela. Procediendo atrás, a través de estas hacer una adopción ex novo teniendo ya como residente al menor makful.

- Art. 120 del Código de Familia Catalán, en el cual recoge la adopción del menor a la hora de concretar la adopción.

- De acuerdo al art. 9.5Cc la adopción internacional se registrará por la Ley de Adopción internacional.

- De acuerdo al Auto de fecha 8 de Julio de 2008, la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de fecha 15 de julio de 2006, la Kafala es una institución de protección de menores equiparable al acogimiento familiar en España. De acuerdo que pueden ser validamente constituidas en España, siempre que hayan sido autorizadas por la autoridad competente.

Aunque hay que resaltar que la figura de la Kafala no es una adopción. Esta figura es inexistente en el ordenamiento originario, por lo que en vez de ser regulado a través de la Ley de Adopción Internacional, debe de ser en base al Convenio de protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de Mayo de 1993 en la Haya.

En su art. 3, sobre su ámbito de aplicación, remite al art. 17.c) en el cual determina que las autoridades centrales de ambos Estados deben de estar de acuerdo con el procedimiento de la adopción.

Y si recogemos que en Marruecos no existe dicha figura, y que ésta es totalmente contraria a la esencia de la Kafala, no debe de proceder la adopción. Al menos, no por la vía de la analogía, de la conversión que recoge el art. 34 de la Ley de adopción internacional.

En la legislación española recoge bastante el principio del orden español internacional, pero uno de los órdenes es justamente que se respeten las instituciones internas que cada Estado tiene. La Kafala no es contraria al orden español, simplemente, es una figura inexistente que podría tener una similitud con las figuras del acogimiento o de la

tutela, aunque el menor de este caso era abandonado y la tutela solo cabría de forma personal y no patrimonial. El hecho de que no haya rupturas con los lazos biológicos no hace que ésta sea contraria al orden español.

Sin embargo, si recogemos la esencia de lo que conlleva una adopción y de una kafala, y ésta es el bienestar del menor, su protección, su educación y cuidado en todos los sentidos y que desde muy pequeño ya se encuentra integrado en el ambiente familiar, se debería de buscar la adopción por otras vías. Quizás, acudiendo a la Ley de Extranjería, al ser menor y residente, y estar bajo el cuidado de españoles. Pero el hecho de proceder a la conversión de una figura en otra, con el objetivo de romper con la finalidad de la originaria, como mínimo es hacer con que un ordenamiento prima sobre otro, cuando la seguridad internacional debería de basarse en el respeto mutuo de las partes, y más, cuando no hay agresión alguno al orden internacional de ambos países.

Por ello, de acuerdo a estas medidas, llamemos, desconsideradas, por parte del poder judicial español, a finales del año pasado, el Gobierno Marroquí ha puesto más requisitos a los extranjeros que quisieran constituir la kafala con sus menores, y uno de ellos es que deben de residir en Marruecos, lo que ha conllevado a la paralización de más de 50 trámites de kafala a parejas españolas que se han visto afectada por la circular enviada a los poderes judiciales marroquíes.

2. La kafala y el problema de reconocimiento de sus efectos, TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia 58/2008, 31 enero, por SARA BARROSO FIJO

Sumario: I. Descripción de hechos y problema. II. Comentario del tema en general. III. Decisión del tribunal. IV. Comentario crítico.

I. Descripción de hechos y problema

D. Lázaro y Dña. Mariana, nacionales marroquíes que contrajeron matrimonio en su país, acogieron por *Kafala* judicial ante el Tribunal de Primera Instancia de Larache a dos menores gemelos abandonados de su misma nacionalidad, Luis Alberto y José Carlos, asumiendo la obligación de su custodia. Posteriormente se trasladaron a España donde legalizaron su situación como reagrupación familiar. En 2003, la esposa, con permiso de trabajo y residencia en nuestro país y afiliada al Régimen Especial de empleados del hogar, falleció debido a una enfermedad, ante lo cual D. Lázaro reclamó al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) pensión por orfandad para los dos menores, solicitud que fue denegada en base a los artículos 16 de la Orden de 13 febrero 1967 y el 175 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) que reconoce como beneficiarios a los “hijos del causante cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación”, y, como veremos, esta figura no otorga la filiación a los menores.

Por tanto, el problema reside en si los menores acogidos bajo esta institución marroquí de la *Kafala* pueden considerarse beneficiarios de la prestación por orfandad, atendiendo a la naturaleza, constitución y efectos de esta figura y a la protección del estado de necesidad que genera la muerte, en este caso, de Dña. Mariana.

II. Comentario del tema

La *Kafala* es una institución propia del mundo islámico por el cual el *kafil* (titular de la *Kafala*), quien ha de ser musulmán –lo que pone de relieve el factor religioso de esta

figura y su tarea de educación del niño en tal religión- adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (*makful*) de la misma manera que un padre lo haría con su hijo. En Marruecos, y en la mayoría de los países islámicos, la adopción está prohibida y no se regula ninguna figura que como la propia de los sistemas occidentales equipare la posición del menor sometido a ella a la del hijo natural, pues el Corán impide que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales.

Esta medida, la de mayor protección del menor en los ordenamientos islámicos, ve reconocida su existencia en textos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 1989) y el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, fundamentándose en el interés superior del menor. Goza de un completo marco legal en el sistema jurídico marroquí, pues aparece regulada en la Ley 15-01.

La *Kafala* cesa cuando el menor acogido alcance la mayoría de edad, situada en los dieciocho años, pero ésta se extenderá en el caso de minusválidos e incapaces y en las niñas hasta su matrimonio. El *kafil* puede desplazarse al extranjero de manera permanente con el *makful* pero requerirá de una autorización del Juez Tutelar que tenga en cuenta el interés de las partes y se pretende mantener un control de la *Kafala* por parte de los servicios consulares marroquíes en el lugar de residencia.

Esta medida de protección se constituye respecto a niños considerados abandonados y se le impone a las personas u organismos a los que se les confiere una serie de condiciones a cumplir y además, en un principio, no puede ser *kafil* el hombre musulmán en solitario, sino los cónyuges o la mujer, pero sí cuando se produzca fallecimiento de ésta o se rompan la unión matrimonial y se confíe al hombre.

En Marruecos se acepta también la *Kafala* internacional, en la que la figura del *kafil* la asumen nacionales de otro Estado, por ejemplo españoles, pero siempre y cuando pertenezcan a la religión musulmana.

En este caso se trata de una *Kafala* judicial constituida por nacionales marroquíes pero que han emigrado a España, lo que plantea un problema de Derecho Internacional Privado al cuestionarse los efectos que se le atribuyen a tal institución desconocida por nuestro ordenamiento, pero no contraria, en principio, al orden publico internacional español.

Aunque no sean reconocidas como adopciones tienen su efecto en nuestro país, y a esto se refiere la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) en su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006. Para ello, al tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria, precisa de un reconocimiento incidental, en el que se controle la autenticidad, exigiendo la legalización y traducción al castellano del documento en el que consta. La cuestión principal es los efectos jurídicos que hemos de atribuir a dicha institución, al no existir ninguna figura equivalente en nuestro ordenamiento, hay que recurrir a atender caso por caso y realizar una equiparación funcional a una de las figuras de protección existentes en nuestro ordenamiento: la adopción, el acogimiento familiar o la tutela. La DGRN añadía “dada su similitud funcional, la *Kafala* puede considerarse en España como un acogimiento familiar”.

Por su parte, la Ley 54/2007, 28 de diciembre, de adopción internacional (LAI), que gira en torno a la protección de los menores, introduce como novedad en su artículo 34 la referencia a las instituciones de protección de menores constituidas en el extranjero que no impliquen filiación, como es el caso de la *Kafala*. En dicho precepto permite su equiparación al acogimiento o tutela, pero parece que en otras materias ha llegado a equipararse a figuras distintas.

En definitiva, no puede ser sustituida íntegramente por una figura de nuestro sistema, pues implicaría una “nacionalización” no justificada, sino que ha de procederse a analizar el caso concreto y llevar a cabo una equiparación funcional, sin perder de vista los efectos que le atribuye la legislación de origen.

III. Decisión del tribunal

Recurrida la decisión del INSS que denegaba la pensión de orfandad reclamada por D. Lázaro, el Juzgado de lo Social de Madrid estimó la pretensión y reconoció la prestación a Luis Alberto y José Carlos atendiendo al principio de igualdad ya que “de lo contrario se produciría una discriminación indirecta por la imposibilidad de adquirir el carácter de hijos adoptivo atendiendo la nacionalidad de los *kafils*”.

Esta sentencia fue a su vez recurrida en suplicación por el Letrado de la Seguridad Social, basando su argumentación en una interpretación literal del precepto expuesto por el INSS (art. 175 LGSS).

Resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Madrid pero lo hace en base al derecho de los extranjeros al acceso al trabajo, la Seguridad Social y las prestaciones derivadas de ésta. Considera que la *Kafala* cumple la misma función asistencial que la adopción y que por ello debe estar justificada la pensión de orfandad a favor de los menores, para compensar la pérdida sufrida por el fallecimiento de su madre.

Aunque se interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina por parte del Letrado de la Seguridad Social, éste fue inadmitido por el Tribunal Supremo al entender que no existía identidad de supuesto de hecho entre el aquí tratado y el alegado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 noviembre de 2004 (denegación de pensión de orfandad para una nieta por el fallecimiento de su abuela, quien ostentaba su acogimiento preadoptivo).

Por tanto, se concedió finalmente la pensión de orfandad para Luis Alberto y José Carlos, *makfuls*, por el fallecimiento de la *kafil* Dña. Mariana.

IV. Opinión crítica

Como venimos reiterando los sistemas islámicos, concretamente aquí el marroquí, no contemplan la figura de la adopción propia de nuestro ordenamiento, la cual concede la filiación a los menores respecto de los adoptantes igual que si de su hijo natural se tratara. En cambio, conocen la *Kafala*, institución que otorga protección a los menores generando una obligación personal para los *kafil*s de hacerse cargo y atender la manutención y educación del *makful*, sin crear vínculos de filiación entre ellos.

La LGSS es clara al delimitar los beneficiarios de la pensión de orfandad que aquí se pretende como ya hemos expuesto, y engloba a los hijos naturales y a los adoptivos, no así a los acogidos. Por tanto, si nos restringiéramos al tenor literal ésta prestación debería ser denegada. Pero, por otra parte, se trata de una medida de protección que gira en torno al interés del menor, y se reclama una prestación social que en caso de no ser reconocida provoca que el menor que debido a su ley personal no ha podido someterse a una figura como la adopción se vea privado de tal protección. En definitiva, las discontinuidades entre los distintos sistemas jurídicos plantean un problema de justicia material.

Así el TSJ se ha inclinado por una interpretación flexible del precepto mencionado a favor de los menores, y aún manteniendo que se trata de una figura peculiar y que no otorga la filiación ha concedido dicha pensión. Pero decidir en este sentido plantea otro problema, ¿qué ocurre con los nacionales españoles acogidos?

El acogimiento familiar es otra medida de protección recogida en nuestro Código Civil que establece un régimen de obligaciones menor que la adopción, aunque presenta similitudes con la *Kafala* tampoco puede considerarse una equiparación plena, pero sí coinciden ambas en que no otorgan la filiación. Por tanto, visto lo comentado los menores acogidos en nuestro territorio y bajo nuestra regulación tampoco recibirían pensión de orfandad, por lo que estarían recibiendo un trato menos favorecido que los de este supuesto. En este sentido resolvió el TS en el caso de la sentencia aportada por el Letrado de la Seguridad Social, el cual se trataba de una menor en acogimiento preadoptivo por parte de su abuela, la cual fallece.

Otro argumento que puede refutar la opinión del TSJ es que estos menores sometidos a *Kafala* pueden ser adoptados en nuestro país bajo nuestro ordenamiento jurídico, pues el artículo 18 LAI permite la adopción regida por la legislación española cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España o haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer aquí su residencia habitual. En caso de que los intervinientes no estuvieran dispuestos a ello por ser algo prohibido en su religión, a mi juicio es una cuestión de conciencia ante la que no creo, a pesar de todo, que nuestro ordenamiento deba hacer una excepción.

En conclusión se trata de un tema complicado, que aunque es cierto que hay que velar por el interés superior del menor, no puede perderse de vista las distintas legislaciones aplicables.

3. Transformación de la *Kafala* en Adopción, por NIEVES GÓMEZ EGIDO

1. Concepto
2. Efectos jurídicos en España
3. Análisis jurisprudencial
4. Opinión personal

1.-Definición de Kafala:

La *Kafala* es una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, y que cuenta con un poderoso componente religioso. Todo ello hace que se resista a toda tentativa de asimilación plena, con las instituciones del Derecho español, complicando la tarea de DIP de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en situaciones transfronterizas (Pilar Diago Diago *DIP Univ Zaragoza. Cuadernos de Dº Transnacional Marzo 2010, Vol. 2, N° 1*). Esta profesora, expresa así mismo que es una institución propia del mundo islámico por el cual el kafil (titular de la *Kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (makful) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo. Y de forma similar la define la DGRN en su circular de 2006.

Muchos países del mundo islámico prohíben la adopción al defender que el vínculo jurídico de la filiación puede tener únicamente un origen biológico. (fuente: Westlaw noticias). A diferencia del sentir del legislador español, que ha entendido que la mejor protección para el menor era que se integrase plenamente en la nueva familia adoptiva de manera plena y permanente, creando un vínculo de filiación con los adoptantes y extinguiendo el que lo unía con su familia de origen, en la mayoría de países islámicos se ha interpretado de forma muy diferente, como Argelia y Marruecos (no así Túnez). Dichos procedimientos de otorgamiento de *kafala* se rigen por la Ley islámica 15-01 de 13 de junio

de 2002, relativa al acogimiento familiar de los menores abandonados, cuyo art. 2 la define como “el *compromiso de asumir benévolamente la protección, educación y manutención de un menor abandonado, de igual manera que lo haría un padre por su hijo*”.

Las kafalas eran autorizadas únicamente a matrimonios musulmanes o mujeres musulmanas, que cumplieran determinados requisitos establecidos en la ley (mayoría de edad, no padecer enfermedad contagiosa, ser moralmente aptos...) y a Instituciones Públicas encargadas de protección de menores.

La «kafala» puede constituirse notarial o judicialmente, si bien la constitución notarial sólo es posible, cuando sean conocidos los padres del menor, quienes deberán consentir el acogimiento, de lo que se dará fe, mediante la redacción del Acta oportuna.

En caso contrario, la constitución de la «kafala» exige la previa declaración de abandono del menor (art. 6 Ley núm. 15/01), que se realiza a través de un procedimiento judicial, con intervención del Ministerio Fiscal, el cual está encomendado al Juez de Tutelas (arts. 14 a 18 Ley núm. 15/01). Dicha intervención judicial es fundamental para el reconocimiento de efectos jurídicos de la «kafala» en España, que depende de que se haya constituido con intervención de autoridad pública, judicial o administrativa

2.-Efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico español,

Como señala el Pr De Verda, la «kafala» no dará derecho, ni a la filiación, ni a la sucesión respecto del «kafil» (art. 2 Ley nº. 15/01), quien vendrá obligado a mantener, guardar y proteger al menor acogido, velando porque sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales, hasta que alcance la mayoría de edad, siendo responsable civil de los actos del mismo (art. 22 Ley nº. 15/01). (J.R. DE VERDA Y BEAMONTE , *Pr de la Univ de Valencia. “Efectos jurídicos en España de la Kafala”.* *Diario la Ley*).

En el mismo sentido se pronuncia la DGRN en su Circular de 15 julio 2006, añadiendo, que a pesar de que no va a ser reconocida como adopción, sí va a producir unos efectos jurídicos en nuestro país. Según el **artº 34 de la LAI** pueden ser reconocidas en España si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneran el orden público internacional español y si los documentos en los que constan se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español. Esta figura desconocida en nuestro derecho, desarrolla en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega aquí, el «acogimiento familiar» que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio -acogimiento familiar simple-, bien con carácter permanente -acogimiento familiar permanente-, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres.

En 2011, en el proceso de adopción de menores marroquíes, los tribunales de ese país otorgaron 254 "kafalas" a extranjeros, especialmente a españoles, algo que se ha visto frenado en seco con la Circular nº 40 S/2 del Mº Justicia y Libertad marroquí, que insta a las autoridades marroquíes competentes para constituir kafalas a que comprueben si los solicitantes extranjeros viven de forma habitual en Marruecos, y en caso de no cumplir esta condición les sean negadas. Esta medida solo afecta a los extranjeros, y tiene como máxima finalidad poder controlar que el menor es educado en la religión musulmana y educado de acuerdo a los preceptos de esta. Esto surge, debido a que se había visto como matrimonios españoles se convertían al islamismo, con el fin de obtener una kafala, después se trasladaban con el menor a España e instaban una adopción plena ante el juez español. Y

claramente nuestra legislación favorecía esa conversión de la kafala en adopción, como por la puerta falsa, pero de manera legal. Y lo cierto es que una vez integrado el menor en el nuevo país ya no conservaba su religión ni educación en la sharia y el Corán que es lo que les preocupa prioritariamente a las autoridades marroquíes. Ahora se está exigiendo un control por las autoridades españolas del menor para comprobar que hasta que no alcancen los 18 años no se han convertido al cristianismo, y que se incluirá en nuestro código legal dado que así lo acepto el M° de Justicia Gallardón. Las autoridades siguen exigiendo también que los padres que se llevaron al menor al extranjero viajen una vez al año a Marruecos para poder comprobar que la kafala se está cumpliendo plenamente, y debiendo además proporcionar pruebas fehacientes de ello.

3.-Análisis jurisprudencial:

Hay sentencias contradictorias en este sentido, unas han otorgado la conversión de la kafala en adopción, o bien se muestran a favor de una adopción ex novo, y otras por el contrario la desestiman.

Entre las favorables podemos mencionar el ***Auto de la AP Barcelona 181/2008; el Auto AP Barcelona nº 153/2011; STAP Córdoba de 19 marzo 2009*** (ésta constituyó una adopción promovida por unos particulares que tenían bajo su guarda a un menor marroquí en régimen de kafala, argumentando que si bien no es posible convertir la kafala en adopción, estimó la pretensión alternativa de constituir una adopción ex novo en base a una situación de hecho ya consolidada, y equiparando la kafala a un *acogimiento preadoptivo o tutela* conforme al 176.2.3 del cc.

Entre las sentencias desfavorables a la conversión en adopción, hay que mencionar una st francesa que llegó en apelación al **TEDH**: el derecho francés, hacia quien dirige la mirada nuestro M° de Justicia, tiene claro que la kafala tiene preeminencia sobre su derecho interno, y así lo reconoce expresamente el c.c francés en todos los casos de niños nacidos de padres musulmanes fuera de Francia por interés del “pluralismo cultural”. Cuando esta ley fue cuestionada por un matrimonio que reside en Villeurbanne (Lyon) debido a que las autoridades francesas prohibieron que la mujer adoptara a un menor que fue abandonado al nacer en Argelia.

La **STEDH (octubre 2012)** que confirmó por unanimidad la decisión francesa, considerando que la negativa a permitir la adopción se basa en el cc francés, pero también en los TI, y especialmente en la ***Convención de Viena s/los derechos del niño de 1989*** que se refiere a la kafala islámica como tutela al mismo nivel que la adopción. El TEDH considera que el hecho de que la kafala fuera reconocida en el d° internacional fue un factor determinante para que los países hayan ido acomodando su legislación interna y resolviendo los conflictos que surgieron.

Como curiosidad, comentaré dos Autos de la misma AP de Barcelona, en dos casos y con sentencias contrarias, de fecha próximas y casi con las mismas ponentes a excepción de una de las Magistradas.

El ***Auto 153/2011 de la AP Barcelona*** que resuelve un recurso de apelación interpuesto contra la st de Juzg Primera instancia de Martorell, el cual denegaba la adopción de una menor (Pedro Jesús) al no cumplir los requisitos exigidos ya que las autoridades marroquíes no habían confirmado que pudiera ser adoptado, si bien posteriormente los instantes certificaron del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la adopción. En Marruecos al menor se le declara como niño abandonado en agosto 2008 y establece kafala en enero 2009 en beneficio de los instantes y desde esa fecha vive en España. El menor vive en España con Plácido y Rocío. Se amparan especialmente y

fundamentan la sentencia en el **art 9.5 cc** en redacción dada por la LAI que dispone que la adopción internacional se regirá por las N de esta ley y surtirán efecto en España con arreglo a la LAI. En el **artº 14 LAI, que otorga la competencia** para la constitución de la adopción a los juzgados y tribunales españoles, Nos encontramos ante un caso de guarda y cuidado llevada a cabo por los actores en territorio español en régimen de kafala. Si bien cumple la mayoría de los requisitos legales, faltaría el de llevar un año viviendo en España que exige el Codi de familia y el 176.2.3ª cc. La Sala considera que se trata de un caso de constitución de **adopción ex novo** de un menor extranjero que se halla en régimen de acogimiento familiar y por tanto no requiere propuesta previa de la entidad pública, pudiendo los adoptandos instar directamente ante el juez. (En este caso la institución tiene un mero papel de vigilar que se cumplan los requisitos de idoneidad del adoptante y el seguimiento del acogimiento tras el traslado del menor a España. Y además en estos casos la LAI 54/2007 tampoco exige esa propuesta previa de la entidad pública en este tipo de supuestos. Concluyen que a la luz de la interpretación del art 120 Codi familia coherentemente no debe exigirse ni la propuesta previa, ni el paso de un año desde el momento en que el menor se halle en acogida. Por ello entienden que se cumplen los requisitos y comprobando que hay una perfecta integración del menor tal como acredita y certifica el informe del ICAA **acuerdan la constitución de la adopción del menor extinguiéndose los vínculos de este con su familia biológica y pasando a detentar los apellidos de los adoptantes**.

Por el contrario entre los desfavorables, el otro **Auto nº 230/11 de la misma AP de Barna, que resuelve r. de apelación**, el cual desestimaba la constitución de adopción de los actores D.Elias y Dª Micaela sobre el menor Elías, sin perjuicio de considerarles como tutores o guardadores del menor. En el Auto se desestima el recurso de apelación porque entiende que en este caso no procede la constitución de adopción en España, pese a que el menor lleve años conviviendo con los actores, ya que los padres biológicos viven, no han sido privados de la potestad y además el menor no ha sido declarado en situación de desamparo o abandono en Marruecos, no existiendo por tanto una Resolución de la autoridad competente del país de origen del menor. (Se fundamenta en los mismos artículos que el Auto anterior: en nuestro Código civil, Codi familia catalán, LAI, y la circular 2006 DGRN)

Opinión personal: En mi opinión, no obran bien los tribunales que han permitido la transformación de las kafalas en adopción, debido a que esa institución nada tiene que ver con la adopción como la conocemos en nuestro ámbito occidental o europeo. Está reconocida a nivel internacional, y nuestra LAI así lo contempla también. Igual que nuestro país vecino tiene claro el tipo de institución que es la kafala y denegó una adopción en la sentencia mencionada que a mi modo de entender obró con total coherencia y lógica, al igual que el TEDH en su sentencia sobre el mismo caso dando la razón a la primera. Constituye por tanto una falta de respeto a los principios religiosos y legales que la fundamentan, ya que en los países islámicos la adopción como tal está prohibida, y sería una injerencia en la soberanía de esos estados, ir contra su ley y legislación, y no reconocer tal institución con los efectos y en la forma en que se ha sido otorgada.

Si unas personas, sea de la nacionalidad que sea, se someten a los requisitos que estos países exigen para poder acceder a una tutela-kafala de un menor, convirtiéndose al islamismo, reconociendo el Corán y la Sharia como su única ley, y aceptando una residencia permanente en sus territorios, sería un engaño y una falta de coherencia, después querer cambiar la situación jurídica en mor los lazos que se han creado con el menor, y convertir su situación en España y la relación que se sustenta en un deber de cuidado y protección, en algo totalmente distinto y contrario a los principios que inspiran la Kafala.

Esto implica un quebrantamiento con los compromisos que suscriben con las autoridades ante las que se constituye la kafala. Y parece que nuestra LAI 54/2007 ha propiciado la constitución de adopciones entregados en régimen de kafala en países musulmanes que prohíben totalmente la adopción, y que la conversión se está llevando a cabo sin las debidas cautelas y garantías, y sin exigir los debidos controles.

Si bien se aduce en todos los casos el interés el menor, que puede haber sido abandonado en su país de origen, requeriría un profundo análisis por expertos en determinadas áreas (social, psicológica, médica y legal) ver si ese interés pasa por apartarle de su religión, principios, filosofía de vida, etc y llevarle al extranjero para tratar de integrarlo en una familia con lengua, cultura y religión ajenas y totalmente diferentes a la suya natal.

Y lo peor de todo, es que nuestra legislación (y más aún debido a que la cuestión de la adopción es competencia de las distintas CCAA que complica el tema), abrió en su momento puertas falsas tendentes a facilitar totalmente las adopciones, bien fundamentándolas en que el menor llevaba un año viviendo en España en calidad de acogimiento o tutela (artº 176.3 cc), estaba integrado en la familia... o bien aceptando constituir adopciones ex novo (iniciando nuevo procedimiento y comenzando todo el proceso desde el principio en aras a conseguir una adopción reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Era un camino legal que los adoptantes esgrimían para asegurar el “bienestar” de sus niños adoptados ya que les podían dar los mismos beneficios que a los niños españoles.

VI. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. **Sustracción internacional de menores**, por LAURA LADERO BARROSO, CARLOS LÓPEZ VEGA, ROCÍO MANZANO CAPEL

Introducción: Sustracción de Menores

En el presente trabajo abordamos la cuestión de la “sustracción de menores”, la cual plantea un grave problema familiar, el cual se está convirtiendo en un problema social debido a la repercusión que tienen estos casos en la opinión pública debido a la gran mediatización provocada por los medios de comunicación. Así pues, es un grave problema, sobre todo para el menor, el cual se convierte en víctima directa de dicha acción, y en gran medida, en arma arrojada entre los padres o familiares que buscan con esta acción hacer daño al otro progenitor, familia, persona o institución que tenga atribuida la custodia de este.

Debemos observar siempre el “principio de protección e interés del menor”, que debe ser entendido como un principio que respeta los derechos a la libertad, integridad física y psíquica, y que los garantiza ante cualquier acción o procedimiento que pueda afectar a los derechos de este. Posteriormente veremos en el caso Iglesias Gil y A.U.I contra España como se manifiesta este principio esencial.

Para acotar la cuestión de qué entendemos por menor, observamos que existen diferentes definiciones dadas por los diferentes Estados o los numerosos convenios internacionales y reglamentos.

Así, la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, en su artículo 1 dice que se entiende por menor a todo ser humano, menor de 18 años, salvo que según su ley personal haya obtenido la mayoría de edad antes.

España coincide con el anterior criterio de edad, pero se plantea un punto de conflicto, pues cada estado puede establecer un criterio diferente, como por ejemplo los 16 años que establece Reino Unido o los 21 que establece EE.UU o Camerún.

Este criterio no solo difiere entre las legislaciones estatales, pues observamos diferentes convenios que establecen otra edad distinta a la propuesta por las Naciones Unidas, como por ejemplo el convenio de 1980 sobre sustracción de menores que establece que se es menor hasta los 16 años.

Así pues, no hay un criterio fijo por lo que atenderemos a la legislación de cada Estado.

Ante la cuestión de cuando nos encontramos ante una sustracción o una retención ilícita, vemos que es necesaria la infracción del “derecho de custodia”, el cual se ha obtenido por resolución judicial dictada por el Estado donde el menor tenía su residencia habitual antes de producirse el traslado o retención ilícita. Ese derecho debe ser ejercido de forma efectiva por quien lo ostente o tenga en su poder. Dicha infracción puede llevarse a cabo aprovechando un derecho de visita, en el cual, el sujeto que tiene tal derecho sustrae o retiene al menor y lo lleva a otro país, en el que posteriormente tratará de que se le reconozca el derecho de custodia, o si hubiera custodia compartida, uno traslada al menor a otro país para que esta le sea concedida en exclusiva.

Otro requisito indispensable para que se dé la sustracción de menores, es la ilicitud al trasladar al menor a través de una frontera internacional, la cual se observa en la falta de

consentimiento de quien ejerza el derecho de custodia sobre este menor, o sin que lo autorice un tribunal u órgano jurisdiccional.

Desde nuestro punto de vista, esta situación puede ser equiparable a un secuestro internacional, llevado a cabo por un padre, familiar o persona con el único fin e interés de violar el derecho de custodia.

Para evitar estas situaciones debe existir una actitud activa de las autoridades, que sea efectiva y con garantías para todas las partes, y que respete por encima de todo el principio de protección e interés del menor.

En cuanto al procedimiento, lo que se persigue es la restitución del menor, es decir, que se produzca una “acción de retorno”. Este procedimiento se llevara a cabo según la legislación de cada Estado.

Centrándonos en España, este es un “procedimiento especial y rápido” (no debe superar las 6 semanas). Se regula en los Art.1901 a 1909 LEC 1881 y rige el contenido que disponen los diversos convenios internacionales sobre dicha cuestión, atribuyendo la competencia a los jueces de primera instancia en cuya demarcación se haya el menor, exigiendo siempre la intervención del Ministerio Fiscal, a fin de que vele por el interés del menor.

España contempla diferentes situaciones dentro de su régimen, a los cuales aporta soluciones diferentes. Vemos:

- Si el menor reside en España y se traslada al extranjero, se puede litigar en el país al que se desplaza el menor, o se puede litigar en España y esperar a que esta decisión sea reconocida en el extranjero.
- Si el menor esta en España y corre peligro de ser trasladado al extranjero, se pueden adoptar medidas preventivas como por ejemplo limitar el derecho de visitas.
- Si el menor es trasladado a España de forma ilícita vemos que según el Convenio de la Haya de 1961 tendrían competencia los tribunales del país donde fue trasladado el menor para modificar o sustituir las medidas que hubieran recaído con anterioridad sobre el menor, o según el Convenio de la Haya de 1996 sobre menores, seguirán siendo competentes las autoridades de residencia habitual del menor al traslado ilícito, hasta que obtenga una nueva residencia habitual lícita. Hay que estar a los convenios que existan sobre la materia o interponer una nueva acción en España solicitando la custodia del menor en España.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de decisiones sobre protección de menores observamos la coincidencia que hay entre el Convenio de la Haya y el Reglamento 2201/2003, pues dice que las decisiones que adopten las autoridades competentes serán reconocidas en todos los Estados contratantes sin necesidad de inscripción ni ningún otro procedimiento, siempre que estas no se opongan al orden público.

Comentario sentencia

1. *Caso Iglesias Gil y A.U.I contra España, TEDH (Sección 4ª), sentencia de 29 abril de 2003. TEDH 2003/15*

En esta sentencia, la demandante contrae matrimonio, el 8 de septiembre de 1989, posteriormente se divorcian, fruto de ese matrimonio nace A.U.I, que es el segundo demandante. Mediante sentencia de 20 de diciembre de 1996, el juez de familia le concede el derecho de guarda a la madre, con un derecho de visita a favor del padre. Posteriormente, A.U.A, el ex marido y progenitor del hijo, aprovechando una visita a su

hijo, lo raptó y salió del territorio español, tras haber pasado por Francia y Bélgica, se fuga con su hijo a los Estados Unidos de América.

La madre presenta denuncia por el rapto ilegal de su hijo. El 4 de febrero de 1997, el Juez instructor emitió una orden de búsqueda contra A.U.A y de devolución inmediata del niño a su madre. También la demandante incluye en la denuncia a familiares del ex cónyuge que podrían haber colaborado en el secuestro.

La demandante solicitó al Juez que emitiera una orden de busca y captura internacional contra A.U.A, pero el Juez se opuso mediante providencia. Basándose en una providencia de 25 de mayo de 1998, que examina la cuestión de si se puede procesar a una persona que compartía la patria potestad de un menor por sustracción. Y la jurisprudencia declara que tales hechos pueden ser perseguidos por causa de delitos de desobediencia o de extorsión. Y por tanto no era posible emitir una orden de busca y captura internacional por un presunto delito de desobediencia.

Posteriormente la demandante presenta un recurso de amparo, pero mediante Providencia de 2 de junio de 1999, el Tribunal Constitucional rechaza el recurso por carencia manifiesta de fundamento.

La demandante presenta un segundo recurso de amparo, basándose en el rechazo sistemático de Juez instructor de su solicitud de búsqueda internacional de su hijo, lo que constituía según su opinión una violación de la obligación positiva de protección del menor. Asimismo, también alegaba una violación del artículo 11.1 de la Convención internacional sobre los Derechos del niño de 1989, que prevé que los Estados adopten medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. Mediante Auto de 17 junio de 1999, el Tribunal Constitucional rechaza el recurso de amparo, de nuevo por carecer de fundamento.

Por sentencia de 12 de febrero de 1999, el Juez de familia, retira a A.U.A la patria potestad, y la atribuye en su totalidad a la demandante. Basándose en que el padre ha incumplido de manera reiterada el régimen de visitas, además desde el 1 febrero de 1997 padre e hijo se encuentran en paradero desconocido, sustrayendo así al niño de la guarda concedida a la madre. El 18 de abril de 2000 la demandante volvió a ver a su hijo y el 12 de mayo de 2000, A.U.A compareció voluntariamente ante el Juez instructor.

Posteriormente, como alegaciones de la demandante señala que las autoridades internas vulneraron el artículo 11.1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que impone a la Parte Contratante la obligación de adoptar medidas adecuadas contra la retención ilícita de los menores en el extranjero, así como a la Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Pero ni el Ministerio Fiscal, ni los tribunales internos aplicaron esta disposición, pese al hecho de que dicha normativa es de aplicación directa en el derecho interno. Se señala por su parte, que al no adoptar las medidas exigidas en aplicación de las disposiciones de derecho interno e internacional, las autoridades nacionales incumplieron sus obligaciones inherentes al artículo 8 del Convenio.

Otro fallo, es que el Ministerio Fiscal, no adoptó ninguna medida de oficio a fin de proteger al menor, si no que se opuso a todas las que la demandante había solicitado.

La cuestión decisiva consiste en saber si las autoridades internas adoptaron las medidas suficientes para facilitar la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales internos. El Tribunal debe por tanto examinar la cuestión de si, a la luz de las obligaciones internacionales que se derivan concretamente de la Convención de la Haya, las autoridades internas desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al regreso de su hijo y el derecho de este último a reunirse con su madre.

El Tribunal también constata que corresponde a las autoridades internas competentes ejecutar las medidas adecuadas previstas en las disposiciones aplicables de la Convención de la Haya para asegurar la entrega del niño a su madre, pero en este caso ninguna fue adoptada por las autoridades para facilitar la ejecución de las decisiones dictadas a favor de la demandante.

Por lo tanto el Tribunal falla concluyendo que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al regreso de su hijo y el derecho del hijo a reunirse con su madre, vulnerando así su derecho al respeto de la vida familiar.

En base a lo establecido como uno de los objetivos primordiales del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, que es velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor, y tratar de salvaguardar los derechos del menor. Tanto el articulado del Convenio como las demás normas tenemos que interpretarlas a la luz del principio básico del interés del menor, que en este caso se le priva de su vida organizada y establecida junto a su madre, sacándolo de su entorno, y privándole del contacto con la madre, la familia materna y sus amistades. Por lo tanto creo que el fallo de la sentencia ha sido el adecuado, ya que como ha quedado de manifiesto las autoridades internas competentes podrían haber realizado más esfuerzos para hacer cumplir el derecho de la demandante y de su hijo.

A favor de esta sentencia se manifiesta también el caso Neulinger y Shuruk contra Suiza.

2.- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22a) Auto de 15 octubre 2002

Descripción de los hechos y problemas que plantean

Hechos

M^a Lourdes N.V y Don D. Martín C. G. O. B, este último con nacionalidad mejicana, se divorciaron en virtud de sentencia de los Estados Unidos Mexicanos, en la que, de mutuo acuerdo, establecían en el Convenio Regulador la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a la madre, así como la fijación del domicilio conyugal como domicilio de residencia de los menores, con dirección en Paseo de San Isidro En Estado de Méjico. M^a Lourdes, madre de los menores, tras la sentencia de divorcio, decide trasladar a los mismos a España, Estado de la que es nacional.

Problemas que se plantean

Se plantea la posible existencia de una traslado ilegal de menores.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid dicto auto desestimando la solicitud planteada por el Abogado del Estado en representación y defensa que ostenta de conformidad con el art. 551 de la L.O.P.J. y art. 1 de la Ley 52/1997 de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, acordando que no procede la restitución de los menores a su padre ni la medida cautelar relativa al régimen de visitas.

Posteriormente, el Abogado del Estado interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por vulneración de los artículos 3 y 5 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de fecha 25 de octubre de 1.980.

La postura que defiende el Abogado del Estado en la vulneración de dichos artículos se basa en la existencia del Convenio Regulador, en el cual se fija el domicilio

conyugal como domicilio habitual de los menores y, en consecuencia, entiende que el traslado de los menores a España es ilícito.

Conforme al CH, *el traslado es ilícito cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado, así como al contenido del art. 5 del citado Convenio de la Haya que a efectos de la aplicación del propio convenio establece que el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia.* El Abogado del Estado mantiene que se trata de un traslado ilegal por infracción al derecho de custodia, ya que en el Convenio Regulador las partes acordaron que la custodia sería de la madre pero el padre conservaría su patria potestad, así como que el domicilio habitual de los menores es el domicilio conyugal, hallándose este en Méjico y, entiende que la madre infringe este acuerdo al cambiar el domicilio por el traslado a España

La sala acuerda la desestimación del recurso, al entender que el hecho de que ambos cónyuges establezcan la atribución de la custodia a la madre y que el domicilio de los menores sea el familiar, no condiciona la libertad deambulatoria de la madre ni la atribución de la custodia el hecho de que se varíe el domicilio del menor. Además de esto, hay que tener en cuenta la cláusula 7ª del Convenio según la cual ambos cónyuges establecen que en todo tiempo autorizan y conceden el permiso correspondiente para que los menores hijos habidos en matrimonio puedan realizar salidas al extranjero, sin impedimento legal derivado respecto a la custodia a favor de la Sra. Mª de L. N., y patria potestad que en su caso ejercen ambos padres sobre dicho menor.

Comentarios sobre el tema

A mi juicio, es correcta la desestimación del recurso al no haber vulneración ni del artículo 3 ni del 5 del Convenio de la Haya. No concurren los requisitos exigidos para que pueda considerarse un traslado ilícito, al no existir infracción del derecho de custodia atribuido a la madre. Y, conforme al artículo 5, el derecho de custodia implica el derecho a poder decidir sobre el lugar de residencia del menor, por lo que la madre podría efectuar el traslado lícitamente a España, sin tener en cuenta lo pactado en el Convenio Regulador.

En caso contrario, si en el Convenio Regulador se hubiera pactado la atribución de la custodia al padre, sí habría sustracción de menores cuando la madre trasladara los hijos a España porque se vulnerarían los artículos citados anteriormente (3 y 5 Convenio de la Haya). En este supuesto, habría una infracción del derecho de custodia, por lo que estaríamos ante un traslado ilícito, además, también se estaría lesionando el derecho a decidir sobre el lugar del menor, que le corresponde al progenitor que ostente la custodia, en este caso, el padre.

Si existiese sustracción de menores, habrá que estar al procedimiento establecido en cada caso para la restitución del menor. En el presente caso, estaríamos al contenido del capítulo III del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de fecha 25 de octubre de 1.980, en los artículos 8 y ss. El artículo 8 dispone que “toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor”. La solicitud deberá incluir una serie de formalidades que contiene el artículo 8. El artículo 10 prevé que la Autoridad Central del lugar donde se encuentre el menor adoptara o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza, Sentencia de 8 de Enero de 2009

A) Descripción de los hechos y problemas que se plantean.

El procedimiento se inicia con una demanda, dirigida contra la Confederación suiza, presentada por dos ciudadanos suizos, Doña Isabelle M. Neulinger y su hijo Noam Shuruk, ante el Tribunal en virtud del art. 34 del Convenio de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Los demandantes alegan, que al ordenar el Tribunal Federal, el retorno de Noam Shuruk a Israel, se está violando su derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del art.8 de forma aislada y en relación con los arts. 3 y 9 del Convenio. Asimismo invocan también una violación del art. 6, fundamentada en que la decisión del Tribunal acerca de las excepciones a la obligación de Suiza de ordenar la restitución del demandante no tiene en cuenta el interés superior del menor, al adoptar una interpretación demasiado restrictiva del citado precepto.

Doña Isabelle M. Neulinger y su hijo Noam Shuruk nacieron respectivamente en 1959 y 2003 y residen en Lausana (cantón de Vaud).

Doña Isabelle, la demandante, de confesión judía, en 1999 se estableció en Israel, estando allí conoció a un ciudadano israelí, también de confesión judía. El 23 de Octubre de 2001, contrajeron matrimonio en Israel, y posteriormente tuvieron un hijo, Noam, de nacionalidad israelí y suiza, que nació en Tel Aviv el 10 de Junio de 2003.

El padre del niño, según lo relatado por los dos demandantes, se afilió en otoño de 2003 al movimiento judío ultraortodoxo “Loubavitch”, radical y que practica un intenso proselitismo.

Debido a desavenencias conyugales, la demandante por temor a que su marido se llevase al pequeño Noam a una comunidad “Loubavitch- Habad” en el extranjero, pidió al Tribunal de Asuntos Familiares de la región de Tel Aviv que dictase una medida de prohibición de salida del territorio israelí respecto del menor. El 20 de Junio de 2004, prohibió salir a Noam hasta que no alcanzase la mayoría de edad, salvo que el propio Tribunal levantase la medida. A partir de esta decisión, se sucedieron multitud de medidas de los tribunales israelíes encaminadas a la protección de Noam: atribución de la custodia provisional a la madre aunque la patria potestad debía de ser ejercida conjuntamente, confirmación de esta atribución de la custodia provisional a la madre y atribución de un derecho de visita al padre, orden a los padres de convivir separados en interés del menor, prohibición al padre de entrar en el apartamento de la madre así como toda actuación que debiera importunar a la misma, se le impidió la entrada a la guardería del menor, portar y poseer armas, restricción de su derecho de visita a dos días por semana y en presencia de los servicios sociales y finalmente se dictó una orden de detención por impago de la pensión alimenticia. Los padres se divorciaron sin modificación de la atribución de la patria potestad.

La demandante solicitó al Tribunal de Asuntos Familiares de la región de Tel Aviv, que se levantase la prohibición de salida del territorio israelí respecto a su hijo, petición rechaza por el tribunal (27 Marzo 2005). El 24 de Junio de 2005, la demandante abandonó clandestinamente Israel, asentándose en Suiza con su hijo Noam.

El 27 de Junio de 2005, el padre de Noam se dirigió a la autoridad central israelí, la cual no localizó al menor hasta el 21 de Mayo de 2006.

El 22 de mayo de 2006, el Ministerio de Justicia israelí transmitió a la Oficina General de Suiza de Justicia una demanda para que se produjese la restitución del menor, aplicándose el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (a partir de ahora CH-1980)

El 8 de Junio de 2006, el padre del menor, presentó una demanda ante el Juzgado de Paz del distrito de Lausana, cuyo fin era que se ordenase la restitución de su hijo a Israel. Solicitando que se adoptasen medidas de extrema urgencia, como retener los pasaportes suizos de los demandantes. Dicho tribunal rechazó la demanda por estimar, que aunque el traslado del menor era efectivamente ilícito en virtud del art. 3 de Convenio, era aplicable la excepción regulada en el art. 13 letra b) del CH-1980, “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”

El padre presentó un recurso ante la Sala de Tutelas del Tribunal, que consideró que también era aplicable el art. 13 CH-1980, finalmente interpone un recurso ante el

Fundamentos de derecho.

Los demandantes califican que el traslado del menor no fue ilícito en el sentido del CH-1980 aduciendo para ello el comportamiento del padre: fanatismo religioso, reiteradas amenazas de muerte a la demandante, impago de la pensión alimenticia etc.

El Gobierno discute estas apreciaciones con un argumento acertado a nuestro juicio, alegando que lo importante es determinar quien tiene la custodia de acuerdo al CH-1980, y para responder a esto se ha de acudir al Derecho israelí, que integra en el concepto de patria potestad el derecho a decidir el lugar de residencia del menor, estando atribuida esta facultad a los progenitores. El Tribunal siguiendo la opinión del Gobierno, no duda de la existencia de un traslado ilícito en virtud del art. 3 CH-1980. Efectivamente, “el traslado o retención se consideran ilícitos, cuando se hayan producido con infracción del derecho atribuido, separado o conjuntamente, a una persona (...) con arreglo al derecho vigente en el estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención.

El derecho de custodia de acuerdo con el art. 5 letra a),” comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre el lugar de residencia”. La patria potestad en el derecho israelí, comprende el derecho a decidir la residencia del menor y ésta fue atribuida a los padres por decisión judicial.

En relación a la excepción contenida en el art. 13 letra b) del CH-1980:

Los demandantes alegan su aplicación basándose en: la existencia de un posible peligro tanto físico como psíquico para el menor en el caso de su regreso a Israel, tanto sólo como en compañía de su madre. Por el contrario, el Gobierno señala que, el mantenimiento de statu quo representaría para Noam un riesgo psíquico importante a largo plazo. El Tribunal entiende que el retorno del menor a Israel, no llevaría consigo un grave riesgo, por encontrarse en una edad de fácil adaptación, con respecto a la madre se puede esperar que razonablemente regrese a Israel junto a su hijo, ya que residió durante seis años en el país trabajando en una multinacional para la que actualmente sigue trabajando en Lausana.

La parte demandante se ampara en los riesgos judiciales, concretamente en la posibilidad de una sanción penal para no retornar a Israel, pudiendo llevar aparejada incluso una privación de libertad y esta situación de producirse sería calamitosa para el

menor. El Gobierno responde, aludiendo a una carta de la Autoridad Central Israelí en la que se pone de manifiesto que la pena de prisión es sólo para casos excepcionales y que en este supuesto podría archivarse el caso si la madre se mostraba dispuesta a cooperar, argumento aceptado por el tribunal.

Los demandantes alegan para la aplicación de la excepción contenida en el art. 13 letra b) las conductas del padre ya descritas, que pondrían al menor en una situación intolerable. El Gobierno entiende que las autoridades israelíes adoptaron medidas tendentes a la protección de los demandantes, siendo cumplidas por el padre, y nada hace pensar que no la vuelvan a adoptar. Además entiende que la demandante no presentó razones objetivas y fundadas que se opusieran a su regreso, el riesgo que alega no constituye la verdadera razón de su negativa a regresar a Israel que dependería de su elección, motivada por el deseo de vivir en Suiza.

En relación a la cuestión religiosa, la demandante alega el fanatismo del padre como motivo de oposición a su regreso, ya que la postura radical ultraortodoxa del padre es perjudicial para el hijo. Tanto el Tribunal como el Gobierno, opinan que no hay ningún indicio que lleve a pensar que la demandante no pudiera influir en la educación religiosa de su hijo o que las autoridades israelíes no pudieran impedir que el padre lo enviase a una escuela religiosa.

B) Valoraciones personales.

Valoración personal de Candela:

Siguiendo la opinión disidente del señor Kovler, es indudable la existencia de un problema real en las relaciones padre-hijo, las diferentes decisiones que confían la guarda y custodia a la madre ponen esto de manifiesto, además queda patente cuando el padre no pago la pensión compensatoria a la madre, entre otros hechos mencionados a lo largo de la resolución.

La orden judicial que prohibía la salida del territorio israelí respecto del pequeño Noam, convirtió al menor en un rehén de su padre, el art. 13 CH-80, tiene como finalidad principal la defensa del interés del menor y sólo después el interés de los progenitores, por lo tanto nada impide al padre del menor, ir a Suiza para verle ni tampoco participar de su educación a través de los medios de comunicación apropiados a tal efecto, hasta que el niño alcance la mayoría de edad y decida por sí mismo, la Recomendación 874 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa establece “Los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben de ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios ;(...)”.

Siguiendo la opinión disidente de la señora Steiner, el interés del menor, ha de prevalecer sobre cualquier consideración, la sentencia sobre esto no aporta una respuesta clara, abordando como cuestión principal del asunto el contexto religioso.

Como bien se señala en la sentencia Maumousseau y Whashington contra Francia, el criterio primordial de las Convenciones de La Haya y de Nueva York, es el interés del menor.

En relación a la existencia de un posible peligro tanto físico como psíquico para el menor en el caso de regresar a Israel, yo pienso que es cierto, Noam ha estado en compañía de su madre desde que nació, el desarrollo de un niño tiene lugar durante los seis primeros meses de vida, determinando a raíz de esto la personalidad del adulto, durante este periodo de vida, el paso de tiempo determina la formación de la personalidad (opinión disidente del Caso Maumousseau y Washington contra Francia), si el menor se separase de su madre existe un claro e indudable riesgo de padecimiento de un daño psíquico, y además para la

madre también conllevaría la misma consecuencia, así mismo también ocurriría esto si Noam regresase junto a su madre, ya que ésta no residiría donde querría. Según la opinión diciente del señor Spielmann, la orden de restitución del menor, no casa con las exigencias recogidas en el art.13 del CH-80, Noam ha vivido con su madre durante dos años en Suiza, su regreso conllevaría una “situación intolerable” para el menor, el Juez de Paz de Lausana y la Sala de Tutelas cantonal de Vaud, estimaron que el retorno del menor junto a su madre supondría un peligro psíquico e incluso físico. Dudo que la madre regresase a Israel junto con su hijo, ya que trabaja en una empresa de Lausana y está plenamente integrada en Suiza, además el menor como bien he dicho lleva varios años viviendo en Suiza, donde acude a la escuela y tiene sus amigos y su ambiente. Que el padre esté dispuesto a atender a su hijo, si la madre no regresase es un argumento insostenible en base en los apartados 14 a 19 de la sentencia, en relación a la afiliación del padre al movimiento judío Loubavitch, a la orden de cese de la convivencia, al incumplimiento del pago de la pensión compensatoria..., además de que conforme esto no tendría lugar ningún tipo de acuerdo entre el padre y la madre.

El art. 5 CH-80, comprende el derecho de custodia, “derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular el de decidir sobre su lugar de residencia”, el Tribunal Federal, integra en su razonamiento el concepto de patria potestad en el sentido de la legislación israelí, llega a privar a la madre de la posibilidad de convivir con el menor en el lugar de residencia que ella estime más adecuado y donde ella elija su domicilio. Para ver si el CH-80 es aplicable o no, lo primero que habría que hacer es constatar que se ha producido una violación del derecho de custodia del progenitor que permanece en Israel (Según el señor Spielmann). El Tribunal Federal no tuvo en cuenta, que el padre del menor ya no era titular del derecho de custodia, sólo del derecho de visita, limitado a una duración de dos horas semanales bajo la vigilancia de los servicios sociales israelíes.

Valoración personal de José Emilio:

La Sentencia declara por 4 votos contra 3 que no hay violación del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, lo que ilustra que nos hallamos ante un tema controvertido, en el que las cuestiones éticas juegan un importante papel. Partiendo de los mismos hechos, se aprecia de manera distinta el interés del menor. Para la mayoría, está en tener una relación con los dos progenitores, “en mantener una relación con su familia, excepto en el caso de que esta haya demostrado ser particularmente indigna” (apartado 75); para uno de los magistrados disidentes, el pequeño Noam es un rehén de su padre, y del relato de los hechos se infiere un verdadero problema en la relación paterno filial, por lo que la decisión del Tribunal es formalista y no tiene en cuenta suficientemente el interés del menor, ya que los menores no son propiedad de los padres, si no individuos con derechos y necesidades propios (opinión disidente del señor Kovler). La cuestión religiosa es abordada someramente por la mayoría; sin embargo, en el voto particular de la Señora Steiner, es la cuestión central, debido a que las decisiones en materia de familia son tomadas por tribunales rabínicos y las cuestiones de familia se rigen por un derecho religioso tradicional. El señor Spielmann, propone una interpretación distinta dentro del ámbito del traslado ilícito, contraría al tenor literal del artículo 3 CH-1980. Considera que no ha habido traslado ilícito y que el CH-1980 no es aplicable: “el hecho de que la patria potestad deba ejercerse conjuntamente con el padre y que, según la legislación israelí, el derecho a decidir la residencia del menor forme parte de los atributos de la patria potestad carece de toda pertinencia. Lo que cuenta es que solo la madre ejercía un derecho de custodia”. Esta interpretación choca con el tenor literal del artículo 3º, letra a) del CH- 1980 “[...] infracción de un derecho de custodia atribuido [...], con arreglo al derecho vigente en el estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención”. Además, hay que añadir que las mismas autoridades que

atribuyeron el derecho de custodia a la madre son las que no consintieron levantar la prohibición de salida del territorio nacional, por lo que si siguiéramos el razonamiento de Spielmann incurriríamos en una contradicción: afirmaríamos que el Tribunal que otorgó a la madre el derecho de custodia no tendría sin embargo potestad para prohibir la salida del territorio nacional, lo que resulta absurdo.

Las decisiones tomadas por las autoridades israelíes demuestran una protección de los derechos de la madre y del niño y una clara orientación hacia el interés superior del menor, independientemente de que los tribunales que adopten estas decisiones sean o no rabínicos. Los perjuicios derivados del retorno a Israel son consecuencia de la actuación de la madre, que decidió salir del territorio nacional a pesar de la prohibición. La restitución de Noam es acorde con el espíritu del Convenio, que persigue evitar precisamente este tipo de situaciones: “[...] se trata de volver lo antes posible al statu quo ante con la intención de evitar la consolidación jurídica de situaciones de hecho inicialmente ilícitas, y de dejar las cuestiones relativas al derecho de custodia y de patria potestad a la competencia de las autoridades judiciales del lugar de residencia habitual del menor, de conformidad con el artículo 19” (apartado 69 del Caso Maumousseau y Washington contra Francia). En este punto, me parece pertinente recordar el apartado 34 del informe explicativo de la Convención, redactado por Doña Elisa Pérez Vera, que subraya la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones, poniendo también de manifiesto que la Convención se basa en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el método más efectivo para combatirlos a nivel internacional es el de no reconocerles consecuencias jurídicas.

El artículo 5 de la “Ley federal sobre la sustracción internacional de menores y los Convenios de La Haya sobre la protección de niños y adultos”, a título ejemplificativo, contiene una serie de casos referidos a cuándo un menor es expuesto a una situación intolerable en el sentido del artículo 13 CH-1980. A nosotros nos interesa la letra b) del mencionado precepto: “el progenitor sustractor, habida cuenta de las circunstancias, no puede cuidar del menor en el Estado en el que éste tenía su residencia habitual en el momento de la sustracción o que manifiestamente no se le puede exigir hacerlo”. Según el mensaje del Consejo Federal, en este precepto se incluyen: 1.- Los casos en que no se tiene en cuenta el alojamiento del menor en el hogar de progenitor solicitante, siendo el problema del retorno al Estado de origen distinto, según esté en condiciones de regresar o no a ese Estado el sustractor. Si no está en condiciones de regresar se pone en riesgo el equilibrio físico y psíquico del menor porque a su regreso se vería obligado a vivir separado de sus dos progenitores. 2.- Cuando del conjunto de circunstancias no pueda exigirse al progenitor sustractor que cuide de su hijo en el Estado en que este tenía residencia inmediatamente antes de la sustracción. Es necesario que se halle en una situación real de desamparo (no hay un lugar de acogida seguro y económicamente soportable fuera de la vivienda de su ex pareja) y no sirve la negativa a regresar. De los hechos del caso se infiere que no se dan estas circunstancias.

A pesar de todo lo dicho, se presentan problemas, fundamentalmente derivados del tiempo, pues como hemos visto el menor lleva ya varios años viviendo en Suiza. También es importante que, a la luz de las circunstancias del caso, el hecho de que el Padre esté dispuesto a atender al hijo si la madre decide quedarse en Suiza carece de toda pertinencia. Esto puede llevar a situaciones desconcertantes, ya que si la madre decidiera no regresar junto al menor a Israel, este probablemente acabaría en un hogar de acogida vistas circunstancias del caso. Además, aunque el interés que prima es el del menor, no podemos despreciar los derechos de la madre, que se verá obligada a vivir en un país en el que no quiere residir si quiere continuar ostentando el derecho de custodia.

Sumario: I. Hechos. II. Sustracción de menores. III. Resolución del tribunal. IV. Conclusión.

Título: Santos Nunes vs Portugal

Solicitud n °: 61173/08

Demandado: Portugal

Fecha de la Sentencia: 22-05-2012

Artículos: 8 y 41 CEDH

Conclusión: Violación del artículo 8

I. HECHOS

El demandante, Sr. M. Baltasar Santos Nunes, tuvo una hija, E., con una mujer de nacionalidad brasileña (con la cual nunca convivió). Tras tener conocimiento posterior al nacimiento de que esa hija era suya, solicitó la custodia de ésta frente a los tribunales de la República portuguesa (más concretamente de Sertã), siéndole otorgada en julio de 2004, con derecho de visita para la madre. Pero, en ese momento, la hija vivía con una familia, a la que había sido entregada por la madre de la menor, ya que estos no podían tener hijos, y la madre entendió que así le otorgarían una mejor calidad de vida a la niña.

El Tribunal pidió a la pareja que entregaran a la niña, pero sólo acudió el marido ante el Juez, sin decirle su paradero.

A partir de junio de 2006 se consideró como un caso urgente, y el juez organizó varias reuniones, en vano, entre los padres biológicos y el Sr. G., quien tenía a la menor.

Por petición del juez, E. acudió a un psiquiatra infantil y, a partir de este momento, en abril de 2007, el Tribunal estableció un periodo de transición en el que la menor viviría con la pareja pero su padre biológico podía visitarla en cualquier momento.

Fue en enero de 2009 cuando la menor comenzó a vivir con su padre biológico, quién decide interponer una demanda contra la pareja por sustracción de menores, y además ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. SUSTRACCIÓN DE MENORES (breve mención conceptual)

Una definición adecuada sobre la «sustracción o secuestro internacional de menores», podría ser la que entiende la misma como el *fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales* (SAP Penal Almería 6 julio 2007 [pretendido secuestro de menor desde España a Bélgica]).

Estamos hablando de una situación que se convierte en ilegal cuando la pretensión que contiene es el traslado o retención de un menor en un país diferente al de su residencia habitual hasta ese momento, que de manera general es llevada a cabo alguno de los progenitores, ya sea por tener un vínculo con ese segundo Estado (lugar de nacimiento del padre/madre, por ejemplo), o aun no habiendo tal relación. Los casos más frecuentes son aquellos en los que sí hay un vínculo con ese otro país, pero básicamente en el trasfondo de la sustracción de menores encontramos al progenitor que queda “vacío” sin el menor, al

cual se le priva del contacto físico con el niño, abusando de esta manera la parte sustractora de sus propios derechos respecto del hijo.

La vía más eficaz para atajar el problema son los instrumentos legales internacionales multilaterales. Entre ellos, destacan los siguientes:

a) Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

b) Convenio europeo de Luxemburgo de 20 mayo 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia;

c) Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores.

A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *“Sustracción internacional de menores: una visión general”*.

Todo ello además de los específicos convenios bilaterales realizados entre Estados en relación con la materia, ocupándose de su regulación en el caso concreto de que entren en conflicto.

III. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

En relación al Caso Santos Nunes, el TEDH, concluye en su sentencia que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar) al considerar que hubo una falta clara de diligencia de las autoridades portuguesas al no hacer más por proteger los lazos familiares.

Por tanto, el TEDH condena a Portugal a indemnizar con una cantidad determinada al demandante.

• **Artículo 8 CEDH.** El Tribunal decidió que el caso debía ser examinado en virtud del artículo 8. Se señaló que había transcurrido cuatro años y cinco meses desde la decisión de concesión de la custodia de la menor hasta que se cumplió con lo dispuesto. Se observó que la falta de cooperación demostrada por el Sr. y la Sra. G., los cuales no habían acudido a las citaciones judiciales en dos ocasiones, no era excusa para que las autoridades no hubiesen hecho todo lo posible para proteger los vínculos familiares. De hecho, el caso no obtuvo un tratamiento prioritario hasta junio de 2006, a pesar de una petición en tal sentido formulada por el Sr. Santos Nunes ya en 2004. Entonces, si bien se tienen en cuenta los esfuerzos de la policía para localizar a la señora G. y a la menor, la Corte expresó su sorpresa debido a que esos esfuerzos deberían haber dado algún tipo de resultado. Como lo reconocen las propias autoridades, el juez fue tan lejos como para transferir la responsabilidad sobre la investigación a la policía criminal. Por su parte, la señora G. no había presentado ante el tribunal a la niña hasta marzo de 2007.

Los padres adoptivos recurren en todo momento la pretensión del Sr. Santos Nunes, no quieren entregar a la niña, llegando incluso a casación ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal era consciente de que este había sido un caso delicado, con repercusión mediática. Sin embargo, la situación inusual a la que las autoridades se enfrentaron, que iba más allá de una disputa entre los padres biológicos o con el Estado, lo cual no dispensa de hacer todos los esfuerzos posibles para que la decisión de concesión de la custodia de la menor fuese inminente. Sobre todo, teniendo en cuenta que, en casos como éste, en que el

Tribunal ya ha dictado resolución, el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y el progenitor con el que no convive. Al mismo tiempo que reiteraba que no era su función sustituir a las autoridades portuguesas para determinar qué medidas deberían haberse tomado.

A partir de marzo de 2007 en adelante, el Tribunal consideró que en el proceso se había mostrado una clara falta de diligencia por parte de las autoridades en relación a la labor de protección del vínculo familiar. De esta manera, se admitió la violación de este artículo de manera no intencionada al tenerse en cuenta la buena fe de la Administración de Justicia en una materia tan delicada.

• **Artículo 41 CEDH.** En virtud del artículo 41 (satisfacción equitativa) de la Convención, la Corte sostuvo que Portugal iba a pagar al demandante la suma indemnizatoria de 15.000 euros en concepto de daño inmaterial, aunque se habían solicitado 25000 euros por la parte demandante, por el perjuicio moral sufrido. Y otros 5.000 euros en concepto de costas y gastos. Se denegaron las peticiones de satisfacción económica en el exceso que había requerido el demandante.

IV. CONCLUSIÓN

La sustracción internacional de menores es un tema cada vez más a la orden del día. Proliferan en gran medida los casos en que los progenitores cesan la convivencia tras haber tenido descendencia en común, y uno de ellos se lleva consigo al menor o menores a un país diferente al lugar en que se hallaba establecido el núcleo familiar hasta ese momento. Estas situaciones tienen lugar con frecuencia debido a la facilidad de movimiento interestatal con el que se cuenta, es decir, está muy a mano el poder comprar un billete de algún tipo de transporte y trasladar a los menores consigo a un lugar donde probablemente sea realmente complicado poder llegar a localizar su nueva residencia. Los conflictos interparentales son los detonantes para llevar a cabo estas acciones, matrimonios que se rompen y uno decide trasladar su residencia a un país diferente, sea por el motivo que sea, llevándose consigo a los hijos de ambos. Con gran frecuencia suele ser la madre la que los sustrae, pero esta materia es de tan variada casuística que se pueden llegar a encontrar casos de lo más peculiares, pero todos ellos con algo en común, la situación de abuso del derecho por parte de quien sustrae, en detrimento de la parte que queda desprovista del contacto con sus hijos.

En estos casos, la competencia, en virtud del art. 8 Reglamento 2201/2003, se define por el lugar de residencia habitual del menor. Esto se ha de tener en cuenta en los casos en que, por ejemplo, una madre o un padre se va de vacaciones a un país extranjero con sus hijos, y de ahí no vuelven al lugar donde vivían hasta entonces, sino se los lleva a un tercer Estado. Se debe acudir a la ley del lugar de residencia habitual “legal”, si se trata de Estado miembro del Reglamento 2201/2003, como ocurre en este caso, los tribunales competentes son los portugueses, los cuales han llevado a cabo la tramitación del suceso, debido a que en Portugal se encontraba la menor residiendo con la familia a la cual fue entregada por la madre. Estos tribunales reconocieron el derecho del padre a poseer la guarda y custodia de la menor, pero todo ello inmerso en una serie de dilaciones indebidas por parte del Estado. Bajo mi punto de vista, Portugal debería haber luchado en mayor medida por la protección de los vínculos familiares con el padre, ya que, en estos casos, mientras más tiempo se deje transcurrir, surgirán más complicaciones de adaptación para el menor en una nueva vida, aun cuando sea al lado de su padre biológico.

En conclusión, aunque los tribunales portugueses hayan otorgado resolución favorable al caso para el progenitor, deberían haber tratado de conseguir con más fervor

proteger el derecho del padre. La niña se encontraba al inicio del proceso en una edad en la que el transcurso de los años posee más relevancia en sentido negativo, que si esto ocurriese al ser mayor, los lazos que ella crea con sus padres adoptivos, y la situación en la que se ve asumida pueden llegar a darle problemas psicológicos de adaptación. Es inaceptable que en temas tan delicados como la familia se produzcan retrasos innecesarios tan desmesurados. Por ello, podría decirse que la indemnización recibida por años y años de espera no resulta razonable, estamos hablando de la vida familiar, relaciones padre e hija, no un bien mueble cualquiera sustituible en el tiempo por otro de mismo género o especie. Además, se tendrá en cuenta que es la parte demandada la que deba soportar las costas del litigio, y si esos 5000 euros son suficientes para ello o no.

Confiemos en que con la gran proliferación de jurisprudencia al respecto que está surgiendo, los tribunales se vayan agilizando en la resolución de estos asuntos, aunque siempre existirá la dificultad de dar con el paradero de madres o padres que de repente “desaparecen del mapa” con sus hijos y no se les vuelve a encontrar más. Es un tema delicado como para tener en consideración que se está tratando con la vida de las personas, y la desesperación que puede sufrir la parte despojada al verse privado del contacto y compañía de personas tan importantes como son sus hijos menores, por decisión unilateral de quien un día fue o, incluso, puede continuar siendo su cónyuge.

4. STEDH de 26 julio 2011: Caso SHAW vs Hungría, por PAULA MAYER GONZÁLEZ

Se trata de un caso que llegó ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y sobre el cual dictó Sentencia el 26 de julio de 2011. Enfrenta al demandante Mr. Leslie James Shaw, nacional irlandés con residencia habitual en Francia, contra la República de Hungría, por entender que se vulnera el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Los hechos que dan lugar a la demanda son los siguientes:

En junio de 2005 el Tribunal de Primera Instancia de París se pronuncia sobre el divorcio del demandante y su mujer Ms. K.O., nacional húngara. Se les otorga la custodia compartida de su hija, nacida en octubre del 2000 y se acuerda que viva con la madre, teniendo el padre un derecho de visita. Tanto la madre como la hija residen en París.

La madre, en septiembre de 2005, presentó ante los tribunales franceses una denuncia de abusos sexuales del demandante a su hija, pero esta fue inadmitida por falta de fundamento.

En diciembre de 2007, la madre se lleva a la hija de vacaciones a Hungría, con consentimiento del padre y en enero de 2008 Ms. K.O. le envía una carta comunicándole que había inscrito a su hija en un colegio en Hungría y que no tiene intención alguna de volver a Francia.

El 12 de marzo de 2008 presenta Mr. Shaw una demanda ante los tribunales húngaros contra la madre, solicitando que se ordenase la restitución de su hija.

Los tribunales húngaros ordenan la restitución de la menor a Francia, entendiendo que la residencia habitual de la niña se encuentra en este país. Además señalan que, al ostentar ambos progenitores la custodia compartida, uno de ellos no puede cambiar la residencia habitual del menor sin el consentimiento del otro. Asimismo, el tribunal húngaro

ordena la inspección médica de la niña, comprobándose que no ha sufrido ningún tipo de abuso sexual.

La madre recurre la decisión, alegando que la niña se encontraba mejor en Hungría. Sin embargo, tras los correspondientes estudios psicológicos, se comprueba que la niña sigue ligada a su padre y que el regreso a Francia no le va a suponer perjuicio alguno. Esto es confirmado por el Tribunal Supremo de Hungría.

El tribunal húngaro ordena la ejecución de la sentencia y se cita a la madre para que comparezca voluntariamente, el 29 de octubre y el 26 de noviembre de 2008. El 17 de diciembre se le impone una multa de 180€ y se le insta a que cumpla con sus obligaciones. En abril de 2009, el tribunal ordena la ejecución del procedimiento de restitución de la menor, esta vez con asistencia policial.

Se dicta orden de arresto contra la madre por los tribunales franceses, fue arrestada en Hungría el 27 de julio de 2009, pero fue liberada al día siguiente, alegándose que existían procesos pendientes en Francia por el mismo hecho.

Posteriormente, la policía húngara declara desaparecidas a Ms. K.O y a su hija. En octubre de 2009 se procede a comprobar los lugares en los que podría encontrarse la niña: acuden al colegio y se les informa de que la niña no ha asistido en todo el año, registran la dirección de la madre, comprobando que no existe, y vigilan los lugares públicos de la zona.

El 17 de febrero de 2010, el tribunal ordena la paralización del procedimiento al encontrarse la madre y la hija en paradero desconocido.

Hasta la fecha, todas estas medidas no han servido para localizar a Ms. K.O. y a su hija.

Por otra parte, el demandante inicia un procedimiento ante los tribunales húngaros sobre sus derechos de visita con respecto su la hija, basándose en el art. 41 del Reglamento 2201/2003. Los tribunales húngaros se consideran incompetentes para conocer de esta cuestión basándose en el art. 10 del mismo Reglamento. El demandante recurre la sentencia, siendo inadmitida el 27 de mayo de 2009, por entender el tribunal que si se pronuncia sobre esta cuestión, vulneraría el art. 16 del Convenio de la Haya de 1980.

Por su parte, tribunal francés había dictado sentencia el 14 de abril de 2008 en la que se atribuye el derecho de custodia en exclusiva al padre. El demandante solicita el reconocimiento de esta decisión en Hungría. Este procedimiento continúa pendiente.

Argumentos de las partes:

El demandante alega la vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Señala que, en virtud del art. 12 del Convenio de la Haya de 1980, las autoridades húngaras debían haber ordenado la devolución de la niña sin demora. La pasividad de las autoridades ha producido un daño irreparable a su familia.

En este sentido, argumenta que transcurrió un periodo de 14 meses desde la sentencia de primera instancia que ordenó la restitución de la menor, hasta que se adopta la primera medida real, el 29 de julio de 2009. Es consciente de que el comportamiento de la madre contribuyó a que se dilatase la ejecución. Sin embargo, las autoridades tampoco adoptaron las medidas adecuadas para sancionar a la madre.

Concluye alegando que las autoridades húngaras han fallado al no tomar las medidas necesarias para respetar sus derechos, violándose el art. 8 del CEDH.

Por su parte, **el gobierno húngaro** recalca la importancia de la protección de los derechos del niño, señalando que sacarlos de su entorno habitual podría ocasionarles efectos negativos tanto física como psicológicamente. De ahí que deban elegir cuidadosamente el método de ejecución de las medidas, para no vulnerar el interés del menor.

Defienden que las autoridades húngaras han hecho todo lo posible para asegurar el regreso de la niña a su lugar habitual de residencia. También mantienen que el sistema legal húngaro asegura medidas rápidas y eficientes para la ejecución de sus decisiones, pero que, circunstancias objetivas como la desaparición de la madre y de la hija, podrían haber privado a sus autoridades de llevarlas a cabo.

Estos eventos no pueden serles imputados, por lo tanto, entienden que los derechos del demandante al amparo del art. 8 del CEDH, no han sido violados.

En cuanto al derecho de visita del demandante, comparte la opinión de que sus autoridades se encontraban fuera de competencia para decidir sobre ese asunto. Con lo cual, consideran que actuaron cumpliendo la ley.

Principios generales:

El objeto del art. 8 del CEDH es proteger al particular frente a las posibles arbitrariedades de las autoridades públicas y da lugar a obligaciones inherentes sobre el respeto a la vida privada y familiar.

En relación con la obligación de los estados a adoptar medidas eficaces, el TEDH sostiene que el art. 8 incluye del derecho de los progenitores a que se adopten medidas orientadas a la restitución del menor y la obligación de las autoridades nacionales a facilitar tal reunión.

El Tribunal tiene en cuenta que el paso del tiempo puede acarrear consecuencias negativas irreversibles sobre la relación del niño con el progenitor que no convive con él. Por ello, el Convenio de la Haya establece toda una serie de medidas para asegurar el rápido retorno del niño que se encuentra ilegalmente retenido en otro estado contratante.

Además, el art. 11 del Convenio de la Haya de 1980 requiere que las autoridades contratantes se preocupen de actuar rápidamente utilizando los procedimientos más rápidos de que dispongan y tomar una decisión antes de que transcurran 6 semanas desde el inicio de los procedimientos.

También establece que las medidas coercitivas contra los menores no son deseables en estos casos, sin embargo, no debe descartarse el uso de sanciones contra los comportamientos ilegales del progenitor con el que convive el niño.

Decisión del TEDH:

La cuestión principal es la sustracción ilícita de la hija del demandante. Además, se ha de examinar que las autoridades húngaras hayan hecho los esfuerzos adecuados para asegurar el derecho del demandante a que le sea devuelta su hija y el derecho de la hija a reunirse con su padre.

Como ya se ha señalado con anterioridad, el art. 11 del Convenio de la Haya establece que las autoridades han de tomar una decisión en el plazo de 6 semanas desde la fecha de iniciación de los procedimientos, salvo excepcionales circunstancias. Sin embargo, desde que se inicia el procedimiento hasta que el Tribunal de Primera Instancia toma una

decisión, transcurren 7 semanas y hasta el pronunciamiento del Tribunal de Segunda Instancia, transcurren 13 semanas. Por su parte, el Tribunal Supremo se pronuncia 18 semanas después.

La razón del primer retraso fueron las 5 semanas de vacaciones del tribunal. En la sexta semana debería haber resuelto y, sin embargo, lo hace una semana después. El TEDH sostiene que estos procesos deben ser tratados urgentemente, incluso durante los periodos de vacaciones. Además, no se han dado circunstancias excepcionales que justifiquen este retraso. El Tribunal entiende que el retraso se debe a que las autoridades húngaras no han cumplido con las obligaciones que le impone la Convención.

También establece el Tribunal que las autoridades no han adoptado las medidas adecuadas para el cumplimiento de la orden de restitución de 29 de julio de 2009. Transcurren casi 11 meses desde que se adopta la orden, hasta la desaparición de la madre y de la hija y, durante este periodo, las dos únicas medidas que se adoptan son la solicitud a la madre para que devuelva a la hija voluntariamente y una pequeña amonestación en una ocasión. Las demás medidas de que disponían los tribunales húngaros no fueron utilizadas.

Además cuando Ms. K.O. fue arrestada, las autoridades no procedieron a ejecutar el retorno de la niña a pesar de la existencia de una decisión definitiva que les obligaba a hacerlo.

La fecha de para la ejecución de los procedimientos de restitución de la menor fue fijada el 29 de julio de 2009, sin embargo, el Tribunal arguye que, tanto la decisión de los tribunales húngaros, como el método de ejecución, ya estaban preparados desde junio de 2009. El Tribunal entiende que es injustificable este periodo de más de un mes entre estas dos fechas.

En relación con el argumento de Hungría sobre que el desplazamiento de la menor desde su entorno habitual podría ocasionarle efectos negativos, el TEDH establece que, de acuerdo con los informes psicológicos, la niña seguía teniendo lazos emocionales con su padre y que se podría adaptar fácilmente a Francia de nuevo.

Por último, el tribunal entiende que la situación se ha visto agravada por el hecho de que han transcurrido más de tres años y medio sin que el padre pueda ejercer sus derechos de visita. Esto se debe al hecho de que las autoridades se declararon incompetentes en la materia a pesar de que existe una sentencia definitiva al respecto, en virtud del art. 41 del R 2201/2003.

El Tribunal concluye afirmando que sí se ha producido una vulneración del art. 8 del CEDH.

Daños y costas:

El demandante solicita también en virtud del art. 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la cantidad de 40215€ en concepto de daño pecuniario y 50000€ en concepto de daños morales. El Tribunal, sin embargo, entiende que en cuanto al daño pecuniario no hay un nexo de causalidad entre el daño producido y la vulneración del art. 8 del Convenio. Y admite como compensación para el daño moral la suma de 20000€.

También reclama el demandante la cantidad de 99526€ en concepto de costas. El tribunal entiende que le corresponden 12000€ en concepto de costas, puesto que parte de los gastos que reclama se deben a otros procedimientos contra las autoridades húngaras.

Fallo:

El TEDH admite la demanda por vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos e impone a Hungría el pago, en los tres meses siguientes, de 20000€ en concepto de daños no pecuniarios y 12000€ en concepto de costas.

Conclusiones:

Considero que la decisión que toma el TEDH es acertada, puesto que se ha producido efectivamente una vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. El Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el artículo 8 incluye el derecho de un progenitor a que se adopten medidas que le permitan reunirse con su hijo y la obligación para las autoridades internas de adoptarlas (*ver Neulinger y Shuruk vs Suiza*, 8 de enero de 2009).

Ha quedado suficientemente demostrado que las autoridades húngaras no han adoptado todas las medidas posibles para asegurar su derecho, sin que circunstancias excepcionales se lo hayan impedido. Si hubiesen actuado diligentemente, probablemente el demandante estaría reunido con su hija, en lugar de encontrarse ésta en paradero desconocido.

Esta sentencia demuestra una vez más el hecho de que Hungría no cumple con las obligaciones de la Convención de la Haya, para asegurar la pronta restitución de los menores que han sido ilegalmente desplazados a Hungría o retenidos en este país.

No existe un procedimiento eficaz en Hungría para hacer cumplir las órdenes judiciales de custodia. De conformidad con la legislación húngara, el organismo que se encarga de los casos de ejecución de estas órdenes es la "Autoridad de Custodia". Las autoridades de custodia no tienen suficiente poder coercitivo y su procedimiento es lento e ineficiente (J. MORLEY, "Hungary Violates the Hague Convention on Abduction", *International Family Law* 2011). Como resultado, incluso una decisión favorable de La Haya es a menudo completamente inútil, ya que no se hace cumplir.

Además, el paso del tiempo en estos casos, puede provocar que el niño quede efectivamente integrado en el nuevo entorno, lo que posibilita que el progenitor sustractor pueda crear una nueva defensa al respecto.

Por otra parte, el TEDH no es suficientemente justo con la indemnización que le otorga al demandante, puesto que la cantidad de 20000€ es insuficiente en comparación con el perjuicio sufrido ocasionado por los tribunales húngaros. Mr. Shaw se ha visto privado de su hija, pudiendo haberla recuperado si las autoridades húngaras hubiesen actuado conforme a sus obligaciones positivas.

Quizá la cantidad que reclamaba el demandante en primer lugar, hubiese sido más acorde con la gravedad del perjuicio causado. Además, el hecho de que sea una cantidad significativa, puede servir como medio de coerción para que las autoridades húngaras cumplan diligentemente sus obligaciones en situaciones similares y así solucionar una situación que, con gran probabilidad, se podría volver a repetir.

5. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010 (Asunto c-211/10), por CARLOS GONZÁLEZ VERGARA y SERGIO MODINO SICILLA

Descripción del caso.

Se trata de una solicitud por parte del Sr. Alpago (en adelante, el padre), residente en Italia, de restitución de una menor (la hija) que se encuentra junto a la Sra. Povsa (en adelante, la madre), en Austria.

Todo comienza en 2008 cuando la madre traslada ilegalmente a su hija, con residencia habitual en Italia, a Austria (sin consentimiento paterno y con prohibición expresa de abandono del país) tras la separación de la pareja. Es entonces cuando el padre denuncia ante los tribunales austriacos solicitando la restitución de la menor.

Posteriormente el tribunal italiano realiza las siguientes actuaciones: levanta la prohibición de abandono del país de la madre; le concede la custodia provisional a la madre; les permite seguir en Austria y establecía un régimen de visitas para el padre. Sin embargo la madre impide el ejercicio del derecho de visitas (acreditado por un perito).

Meses más tarde el tribunal austriaco anula por dos veces la denuncia, siendo la segunda porque el tribunal italiano permitía a la niña estar con la madre.

En 2009 el tribunal austriaco confirma de nuevo la resolución desestimatoria, y esta vez atendiendo a un posible daño psíquico de la menor. En abril el padre solicita ante el tribunal italiano la restitución de la menor, admitiendo la madre el régimen de visitas. Sin embargo, un mes más tarde la madre solicitó la competencia de los tribunales austriacos sin revelar la gestión judicial.

En julio el tribunal italiano resuelve: que se declara competente; ordena la restitución del menor y, que si la niña vuelve a Austria, se controle el régimen de visitas. Paralelamente, el tribunal Austria adjudica la custodia de la menor a la madre. Esto lleva a que el padre se dirija al tribunal austriaco exigiendo la ejecución de la resolución del tribunal italiano, la cual rechazó el tribunal austriaco alegando que produciría un grave trastorno psíquico para la menor. Esta decisión provoca que el padre apele, dándole la razón el superior y obligando a la restitución de la menor. En consecuencia, la madre recurrió en casación y es el tribunal austriaco quien plantea 5 cuestiones prejudiciales.

Marco jurídico.

- Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- Convenio de la Haya de 1980, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Dentro de estos destacamos:

Art. 10, letra b, inciso iv) R. 2201/2003 (Cuestión prejudicial primera): *“En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: iv. que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”.*

Art. 11, apartado 8 R. 2201/2003 (cuestión prejudicial segunda y tercera): *“Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”*

Art. 47, apartado 2 R. 2201/2003 (cuestión prejudicial tercera): *“Procedimiento de ejecución. Cualquier resolución dictada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y declarada*

ejecutiva de conformidad con la sección 2, o certificada con arreglo al apartado 1 del artículo 41 o al apartado 1 del artículo 42, deberá ejecutarse en el Estado miembro de ejecución en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en dicho Estado miembro. En particular, no podrán ejecutarse las resoluciones certificadas de conformidad con el apartado 1 del artículo 41 o el apartado 1 del artículo 42 que sean incompatibles con una resolución ejecutiva dictada con posterioridad”.

Art. 42, apartado 2 R. 2201/2003 (cuestión prejudicial cuarta): *“El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente: a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.*

En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

El juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor).

El certificado se redactará en la lengua de la resolución”.

Cuestiones prejudiciales planteadas al tribunal:

1. Se pregunta si una medida provisional (en relación con la que dictó el tribunal italiano otorgándole el derecho de custodia provisional a la madre en mayo de 2008) es suficiente para transferir una competencia (puesto que la madre se traslada a Austria). Para esto se apoya en el art. 10.b.iv R. 2201/2003.

A este respecto el tribunal entiende que la sustracción ilícita de un menor no debería transferir la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado a los del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado (apartado 44). Por tanto, quiere decir que el traslado del menor no debería permitir que se traspase la competencia del tribunal italiano al austriaco mediando una sustracción ilícita.

Además, en relación con esto, señala que el requisito enunciado en el art. 10.b.iv R. 2201/2003 debe interpretarse de manera restrictiva (apartado 45) y esto lo justifica en el interés del menor puesto que “(...) en el caso de que una resolución provisional condujera a la pérdida de la competencia sobre la cuestión de la custodia del menor, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de la residencia habitual anterior del menor correría el riesgo de verse disuadido de adoptar tal decisión provisional” (apartado 47).

Crítica. En primer lugar, no creemos que el otorgamiento de la custodia de forma provisional a la madre implique la no restitución del menor, ya que la misma no se expresa con claridad. En segundo lugar, entendemos que se adopten medidas provisionales respecto a la custodia ya que pueden quedar otros asuntos por resolver y aportar una resolución definitiva podría implicar una decisión precipitada. Y en tercer lugar, no estamos de acuerdo con el tribunal austriaco al otorgarse la competencia ya que se estaría favoreciendo a la madre, quien ha actuado de forma ilícita, lo que podría dar lugar a que se repita este tipo de actuaciones.

2. Se pregunta si una resolución de restitución de un menor en los términos del art. 11.8 R. 2201/2003 solo está permitida si se basa en una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor (es decir, que antes haya dado una resolución definitiva respecto a quien tiene la custodia).

El tribunal entiende que no es necesaria una resolución definitiva sobre el derecho de custodia para poder adoptar una resolución de restitución. Si bien es cierto que derecho de custodia y restitución están unidas, “la fuerza ejecutiva de una resolución que ordena la restitución de un menor tras una resolución de no restitución goza de autonomía procedimental, con objeto de no retrasar la restitución de un menor” (apartado 56). Por tanto, lo importante es que se restituya, de ahí que el art. 11.8 R. 2201/2003 señale que “*una resolución de esta índole dictada por el órgano jurisdiccional competente será ejecutiva (...) con el fin de garantizar la restitución del menor*”.

Otro principio que sustenta la no necesidad de una resolución definitiva para adoptar la restitución del menor, es el de “celeridad”, y así lo pone de relieve el apartado 62, en el que señala que no se puede pedir celeridad si se requiere una resolución previa y definitiva de custodia.

Además, se justifica la restitución en el interés del menor, ya que el tribunal, en su apartado 66, asocia el interés del menor con la necesidad de contacto con su padre también, y que se posibilite las visitas de la madre a Italia, antes de que se dicte una resolución definitiva respecto a la custodia.

Crítica. Estamos de acuerdo en que el objetivo es el restablecimiento de la situación jurídica anterior a la sustracción ilícita con la mayor celeridad posible. Por tanto, el esperar una resolución definitiva que determine el derecho de custodia, para poder llevar a cabo las siguientes actuaciones, podría perjudicar el interés del menor al suponer a la larga un peligro psíquico para la menor, al asentarse en el nuevo Estado.

3. Se plantea si la resolución que le atribuye el tribunal austriaco el derecho de custodia provisional a la madre (en agosto de 2009), considerada ejecutiva por éste, se opone a la ejecución de la resolución de restitución certificada anteriormente y emitida por el tribunal italiano (en julio de 2009) por ser incompatible, amparado en el art. 47.2 R. 2201/2003.

A este respecto al tribunal no le cabe duda que se debe ejecutar la resolución del tribunal italiano (la restitución), en atención al considerando 24, arts. 42.1 y 43.2 R. 2201/2003 que reconoce la automática fuerza ejecutiva de la resolución. No obstante, “las modalidades de ejecución de esa resolución sigue rigiéndose por el Derecho nacional del Estado miembro de ejecución” (apartado 72). No cabe recurso ante esta resolución y, desde luego, “no cabe oponer ningún motivo ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado (los tribunales austriacos) contra la ejecución de tal resolución” (apartado 75).

En conclusión, “una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor” (apartado 79).

Crítica. Estamos de acuerdo con el tribunal al señalar la obligatoriedad del tribunal austriaco de ejecutar la decisión dictada por el tribunal italiano por ser ésta anterior en el tiempo, además de ser el competente.

4. Por último plantea si el tribunal de ejecución (el austriaco) puede denegar la ejecución de la resolución italiana amparándose en cambios en las circunstancias que haga que la restitución suponga un menoscabo en el interés del menor.

Dice que cabe una denegación de ejecución basada en el interés del niño, pero esa denegación debe ejercerla el tribunal del Estado de origen (es decir, el tribunal italiano). Por tanto, el análisis de las condiciones del art. 42.2 que permiten un cambio en la orientación de la resolución, deben ser apreciadas por el tribunal de origen.

Crítica. Estamos de acuerdo en que el tribunal italiano sea el competente para dictar una resolución de restitución, pues es el órgano jurisdiccional del Estado de origen del menor, por lo que no deberíamos atender al criterio de proximidad, con lo que cualquier resolución adoptada por el tribunal austriaco no debería ser ejecutada.

Conclusiones.

A la luz de la interpretación del TJUE sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Austria, entendemos que nunca debieron conocer los tribunales austriacos porque no eran competentes desde un inicio. En primer lugar porque la madre sustrajo ilícitamente a la hija de Italia incumpliendo una resolución en la cual se le prohibía abandonar el territorio italiano; y, en segundo lugar, no tenía el derecho de custodia, el cual comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia [art. 5.a) CH 1980]. En este caso si hubieran sido competentes los tribunales austriacos.

6. La sustracción internacional de menores: Comentario a la STJUE de 22 de diciembre de 2010, As. C-491/10 PPU: oposición a la ejecución de resolución certificada que ordena la devolución del menor basada en la violación grave de derechos del menor, por DAVID GARCÍA GUILLÉN

1. Descripción de los hechos y cuestiones expuestas

El Sr. Aguirre Zarraga, de nacionalidad, y la Sr. Pelz, de nacionalidad alemana, contrajeron matrimonio en la localidad de Erandio (Vizcaya). Fruto de ese matrimonio nació, el 31 de enero de 2000, su hija Andrea. El lugar de residencia habitual de la familia se encontraba en Vizcaya.

Hacia finales de 2007 el matrimonio se separó y presentaron sendas demandas de divorcio ante los Tribunales españoles.

Ante los Tribunales españoles ambos solicitaron la custodia exclusiva de la hija común. Mediante auto el Juzgado de primera Instancia e Instrucción nº5 de Bilbao atribuyó, basándose en las recomendaciones expuestas por el Equipo Psicosocial Judicial en dictamen emitido a petición del juez, provisionalmente la custodia al Sr. Aguirre Zarraga; mientras que a la Sra Pelz se le concedió un derecho de visita. El dictamen consideraba conveniente, atendiendo al *bonum filii*, atribuir la custodia al padre, pues éste podría garantizar el mantenimiento del entorno familiar, escolar y relacional; al contrario de la madre, cuya intención era cambiar su residencia habitual al Estado alemán.

En agosto de 2008, al término de las vacaciones de verano, la menor permaneció con su madre en Alemania. Desde ese momento la menor no regresó con su padre a España.

Debido a esta situación y a petición del Sr. Aguirre el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Bilbao dictó un nuevo auto de medidas provisionales de 15 de octubre de 2008, por el que se prohibía a Andrea abandonar el Estado español libremente acompañada de su madre, además suspendió el derecho de visita anteriormente concedido a ésta hasta que se dictara sentencia definitiva.

En julio de 2009 continuó el procedimiento relativo a la custodia de la menor, el juez consideró necesaria nueva audiencia y un nuevo peritaje de la menor que se llevarían a

cabo en Bilbao, ni Andrea ni su madre comparecieron a las citaciones, pues el juez español no estimó la solicitud de la Sr. Pelz para que se le concediese autorización para abandonar España con su hija una vez finalizados examen pericial y audiencia. También denegó el juez español la solicitud presentada por la madre para que la audiencia se realizase por videoconferencia.

Finalmente en sentencia de 16 de diciembre de 2009 el Juzgado español atribuyó la custodia exclusiva de Andrea a su padre, la Sr. Pelz recurrió la sentencia a la AP de Vizcaya solicitando que se diera audiencia a Andrea, el recurso fue desestimado.

En Alemania se desarrollaron dos procedimientos. El primero de ellos fue la demanda del Sr. Aguirre solicitando la restitución de su hija, la cual fue estimada en primera instancia mediante resolución de 30 de enero de 2009. Interpuesto recurso por parte de la Sra. Pelz este se estimó, el Tribunal alemán alegó que la audiencia de Andrea efectuada por él demostraba que la menor se oponía a la restitución. El segundo procedimiento se inició por el certificado expedido el 5 de febrero de 2010 mediante el cual el Juzgado español se pronunció sobre la custodia. El Ministerio de Justicia Alemán consideró que esa resolución debía ejecutarse de pleno derecho y así se lo comunicó al órgano jurisdiccional competente. La Sra. Pelz solicitó que esta no fuera reconocida. El Tribunal alemán consideró que no debía ser reconocida ni ejecutada por no haberse oído a Andrea. El Sr. Aguirre interpuso recurso contra esta resolución y el Tribunal alemán en vista de, a su parecer, una posible violación de un derecho fundamental, decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- Si el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución tiene, excepcionalmente y debido a graves vulneraciones de DDFF, facultad de control propia.
- Si tiene obligación el Estado miembro de ejecución a proceder a la ejecución aun cuando el certificado expedido por el órgano jurisdiccional de origen es inexacto.

2. Respuesta dada por el TJUE

El Tribunal aplicando el R.2201/2003 y haciendo particular alusión al considerando decimoséptimo y al art.42, responde a la primera y segunda cuestión prejudicial diciendo que en el caso de retención ilícita, recordemos que la custodia de la menor la tenía el Sr. Aguirre, la aplicación de una resolución que implique la restitución de este debe realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor. Además en el considerando 50 deja claro que sólo cabe un procedimiento de rectificación conforme a la normativa del Estado miembro de origen.

Apela también el Tribunal al principio de confianza recíproca entre los Estados miembros, pues el Tribunal del estado de origen, según el art.42.2 del Reglamento, solo emitirá el certificado si se dan las condiciones recogidas por el mismo artículo.

Bajo mi punto de vista la respuesta del Tribunal es acertada. En primer lugar, no creo, en principio, que hubiera una violación del derecho recogido en el art.24 de la Carta de los Derechos Fundamentales y recogida también en la letra a), apartado 2 del art.42 del R.2201/20003, pues al menor se le da la posibilidad de comparecer, y es la actitud pasiva de la madre la que impide esa comparecencia. Habla también de esta “posibilidad de comparecer” el art.23, apartado b), cuando hace mención de los supuestos de no reconocimiento de resoluciones. Por tanto creo que no hay lugar al no reconocimiento alegando estos motivos.

La madre solicita, conforme las posibilidades que ofrece el R.1206/2001, la audiencia por video conferencia. El Juzgado se la niega, los motivos de la denegación los desconozco, pero aplicando el principio de confianza comunitaria, habrá que confiar, valga la redundancia, en que los motivos por los cuales se deniega están justificados. Pero en última instancia, tal y como dice el Tribunal, quedará el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, siendo los Tribunales del Estado miembro de origen los que lleven a cabo la comprobación de si existe vulneración del derecho del menor a ser oído.

3. Regulación de la sustracción de menores

Este supuesto se recoge en el apartado 11 del artículo 2 del R.2201/2003, bajo la denominación “traslado o retención ilícitos de un menor”. Además el art.3 del Convenio de la Haya de 1980. También lo recoge nuestro código penal en su art.225bis, introducido por una modificación del 2002 (tema tratado por M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “*nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia*”. *Diario La Ley* n°5857).

4. Opinión personal

Los casos de sustracción internacional de menores son, bajo mi punto de vista, supuestos muy complejos, llenos de multitud de factores condicionantes de la situación.

El perseguido “interés superior del niño” o *bonum filii* es un concepto demasiado subjetivo, que bajo en mi opinión variará en función de la dilación del proceso. Cuando estamos viendo que estos procesos, en los que los Tribunales actuarán con “urgencia” según el art.11.3 R.2201, se extienden en el tiempo, ¿podemos afirmar que el interés del menor es el mismo al principio del proceso que al final? Yo creo que no, pues si en este caso en un principio es aconsejable que la menor se establezca con el padre, pasados dos años podría ser igualmente aconsejable que esa menor permaneciera, llegados a este punto, con su madre. Aquí nos encontraríamos con un problema, esa conducta tendrá que ser penada, pues sino esta conducta se propagaría. Para evitar estas situaciones, que con el paso de los años aumentarán debido a la internacionalización o globalización de las relaciones entre las personas, se tendrían que buscar métodos más efectivos para evitar estos supuestos.

La audiencia del menor me parece otro punto que merece atención. Creo que la audiencia del menor puede tener valor en un primer momento del proceso, pero dudo de su valor transcurrido cierto tiempo desde el hecho de la sustracción. El menor es fácilmente condicionable, en este supuesto por ejemplo la sustracción se lleva a cabo después de las vacaciones de verano y creo que eso puede influir notablemente en la menor.

El Tribunal Superior alemán realiza una audición a la menor un año después de que se haya llevado a cabo la sustracción, en este lapso de tiempo la voluntad de la menor difícilmente será la misma que al principio del proceso. Volvemos sobre el tema del “interés superior del niño”, transcurrido un año desde la sustracción puede que ese interés sea ahora establecerse definitivamente con la madre, aunque esta situación se dé debido a una mala conducta de la madre.

Los Tribunales del Estado miembro requerido deberían obrar dejando a un lado el sentimiento nacionalista y buscando efectivamente ese primigenio interés del menor que no se encuentra condicionado, al menos no tanto.

Otra problemática relacionada con estos supuestos es el enorme tirón mediático que tienen, recientemente lo hemos visto en el caso de “los niños de Moncada”. La gente es muy sensible a este tipo de temas y muchas veces sin conocimiento de causa se posicionan a favor de uno de los progenitores. Durante varios días decenas de personas se movilizaron para impedir que los niños fueran devueltos a México con su padre, estas situación creo que no beneficia para nada a los menores, exponiéndolos a una situación más difícil si cabe. La presión mediática creo que afecta negativamente también a los Tribunales.

RESULTADOS SEMINARIO WIKI INTERACTIVO REALIZADO EN EL GRUPO III DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CURSO 2012/2013 (Profesora M^a Mar Velázquez Sánchez)

Título del seminario:

“El proceso de europeización del Derecho Internacional Privado”

Fechas en las que se ha realizado el seminario:

Del 12 de diciembre de 2012 al 22 de abril de 2013

Metodología y desarrollo:

- **Desarrollo a través de la Plataforma Studium.**
- **Participación absolutamente voluntaria.**
- **La participación en el seminario puede conllevar que la calificación obtenida en el examen final, una vez aprobado, suba hasta un punto más.**
- **El seminario se ha desarrollado mediante la formación de diferentes grupos de trabajo cada uno de los cuales ha elaborado una parte del mismo.**
- **Cada grupo ha designado uno o dos portavoces encargados de exponer el resultado del trabajo realizado.**
- **El seminario ha finalizado con una exposición presencial en clase por parte de los portavoces de cada grupo, a la que han podido asistir todos los alumnos, abriéndose el debate sobre el tema expuesto.**

- Todos los alumnos que han participado en el seminario han recibido el correspondiente certificado en el que se acredita tal participación.
- El resultado del seminario se adjunta a continuación.

Alumnos que han participado en la elaboración del seminario:

- Carrión Navarro, Rebeca
- Lazcoz Moratinos, Guillermo
- Palmés Cabrera, José Alejandro
- Perdigón Ferraz, Cristina
- Ramos Sánchez, Augusto
- Rodríguez González, Patricia
- Rodríguez González, Rubén
- Sánchez Hervalejo, Amanda
- Sastre García, Diego
- Sutil Berjón, Lucía
- Torollo Sánchez, Noemí
- Tripodi, Amadeo
- Wagenaar, Masako Catherina

Resultados del seminario:

SEMINARIO WIKI SOBRE “EL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”

PARTE I

INTRODUCCIÓN

PARTICIPANTES:

**José Alejandro Palmés Cabrera, Cristina Perdigón Ferraz,
Amanda Sánchez Hervalejo, Patricia Rodríguez González,
Amadeo Tripodi (realiza la exposición oral).**

SUMARIO:

1.- PRESENTACIÓN. 2.- LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DE RESOLUCIONES: LA CREACIÓN DEL “ESPACIO JUDICIAL EUROPEO”. 2.1.- El principio de libre circulación de personas. 2.2.- El principio de libre circulación de decisiones judiciales. 2.3.- Jurisprudencia, sobre la libre circulación de personas y de resoluciones, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3.- EL PRINCIPIO DE “RECONOCIMIENTO MUTUO”. 3.1.- Método del reconocimiento de situaciones jurídicas y sistema del mutuo reconocimiento. 3.2.- Método del reconocimiento de situaciones jurídicas constituidas en el extranjero. 3.3.- Método del reconocimiento de relaciones jurídicas privadas y Derecho de la UE. 3.4.- Reconocimiento mutuo. 3.5.- Jurisprudencia sobre el reconocimiento mutuo de decisiones dictada por el TJUE. 4.- LA “EUROPEIZACIÓN” DEL DIPr: DEL TRATADO DE ÁMSTERDAM AL TRATADO DE LISBOA. 4.1.- Fundamento de la competencia de la UE para elaborar normas de DIPr. 4.2.- Espacio Judicial Europeo. 4.3.- Jurisprudencia sobre “europeización” del DIPr dictada por el TJUE. 5.- BIBLIOGRAFÍA.

DESARROLLO:

1.- PRESENTACIÓN

En primer lugar, tenemos que partir del hecho de que toda integración económica supraestatal necesita previamente una unificación de legislaciones, por esta razón la Unión Europea (UE) ha elaborado todo un entramado institucional y una serie de cauces normativos. Sin embargo, su extensión ha sido tal, que ha dejado de limitarse únicamente a una integración económica. El DIPr no ha sido contemplado de forma explícita como sector sujeto a unificación, pero en el TCEE se hace referencia al reconocimiento y ejecución de decisiones dándose así lugar al Convenio de Bruselas de 1968 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia mercantil y civil, así como en el sector del Derecho aplicable con el Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable en materia de obligaciones contractuales.¹²

2.- LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DE RESOLUCIONES: LA CREACIÓN DEL "ESPACIO JUDICIAL EUROPEO"

Los objetivos prioritarios de la UE consisten en la creación de un auténtico espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y el establecimiento de un verdadero mercado interior. La instauración de un espacio judicial europeo exige la eliminación de barreras jurídico-públicas y barreras jurídico-privadas que dificultan la creación de un “espacio sin fronteras interiores” en el que el ciudadano pueda ejercitar sus derechos fundamentales y sus libertades comunitarias. En definitiva, tales barreras obstaculizan el correcto funcionamiento del mercado interior. Por tal razón y para lograr dichos objetivos, las instituciones europeas resultan competentes para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, con repercusión transfronteriza fundada en dos herramientas: el mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales y la “aproximación” de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Ahora bien, para formar un único “Estado” resulta imprescindible que los países de la UE compartan valores sociales, morales y jurídicos similares. En consecuencia, la creación de un auténtico espacio judicial europeo únicamente tiene sentido si actúa como “herramienta” para alcanzar el “correcto funcionamiento” del mercado interior.

2.1.- El principio de libre circulación de personas.

¹² Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional privado*, 2ª ed.

La creación del espacio judicial europeo, parte de la siguiente premisa: los seres humanos necesitan intercambiar entre ellos todo tipo de bienes, servicios y recursos, para poder mejorar su bienestar. El efectivo intercambio entre los seres humanos no se limita a los que viven en un mismo país, sino todo lo contrario, el intercambio transnacional favorece el incremento del bienestar de aquellos que intervienen en el tráfico internacional.

El espacio de libertad, seguridad y justicia consiste en un área que garantiza a los ciudadanos: en primer lugar, un “espacio de libertad y seguridad”, que consolida, con carácter general, el desarrollo de sus derechos fundamentales y, con carácter particular, el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Ya el Tratado de Lisboa garantiza el derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano de la UE en el territorio de los Estados miembros. Así viene recogido en el art. 21.1 TFUE: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros...”. No obstante, debemos resaltar que es el ciudadano de la UE “el titular del derecho contemplado”.

De acuerdo con ello, la creación de un “espacio de libertad y seguridad” exige la adopción de medidas de Derecho Público, tal y como establece el art. 67.2 TFUE al indicar que “la UE debe garantizar la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores basada en la solidaridad entre Estados miembros...”.

E incluso más, el art. 67.3 TFUE dispone que “la UE se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”.

En segundo lugar, el espacio de libertad, seguridad y justicia garantiza al ciudadano un “espacio de justicia”. Para ello, se precisa la adopción de medidas de Derecho privado, a saber:

- 1) Permitir el acceso, por parte de los individuos, a los Tribunales y autoridades de todos los Estados miembros, de modo que no resulte más gravoso acudir a los Tribunales de otro Estado miembro que a los del propio Estado miembro, con

independencia de las diferencias entre los distintos Derechos estatales de los Estados miembros.

- 2) Que los ciudadanos no se encuentren “desincentivados” en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades comunitarias recogidas en el TUE y en el TFUE. La incompatibilidad de los distintos sistemas jurídicos puede “desincentivar” al ciudadano europeo a circular en la UE.
- 3) Permitir que las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de un Estado miembro y los actos conocidos por autoridad pública de un Estado miembro sean respetados (reconocidos y ejecutados) en el territorio de la UE.

En consecuencia, el espacio judicial europeo respeta y arranca de la idea básica a tenor de la cual los Estados miembros son Estados soberanos. El hecho de que la UE integre Estados soberanos y Tribunales distintos en cada uno de los Estados miembros no debe generar, necesariamente, un obstáculo a la creación del espacio judicial europeo. En otras palabras, “el objetivo del espacio judicial europeo es construir un área en el que los Tribunales de los Estados miembros actúen como si fueran los Tribunales de un solo Estado, lo que, sin duda, potencia el “correcto funcionamiento del mercado interior”¹³.

Por otra parte, podemos destacar los elementos que conforman la libertad de circulación de personas:

- Sujetos. Como se dijo anteriormente, los sujetos titulares de este derecho a la libre circulación por el territorio de la UE son los “ciudadanos europeos”.
- Objeto. El contenido de la libertad de circulación de personas lo constituye el derecho a entrar y salir y residir en cualquiera de los Estados de la UE (arts. 45, 49 y 56 TFUE, relativo a la libre de trabajadores, derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios).

¹³ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol.1, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 50-56.

- Forma. En cuanto a la forma de ejercicio de este derecho, la Directiva 77/148/CEE distingue entre:
- Derecho de desplazamiento (entrada y salida): la simple presentación de una tarjeta de identidad (DNI) o pasaporte válido (art. 2.1).
 - Derecho de estancia: se acreditará mediante la expedición de un documento denominado “tarjeta de estancia en favor de un nacional de un Estado miembro de las Comunidades Europeas”. Dicho documento tendrá un período de vigencia de cinco años, por lo menos, a partir de su fecha de expedición; será automáticamente renovable (art. 4.1.II).

No obstante todo ello, a salvo de lo dispuesto en el Acuerdo Schengen.

2.2.- El principio de libre circulación de decisiones judiciales.

La validez extraterritorial de decisiones es, junto a la competencia judicial internacional y a la ley aplicable, una de las barreras a las que debe enfrentarse el DIPr para poder conseguir de forma eficaz un espacio judicial europeo.

La UE, para la creación y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia, deberá adoptar medidas en materia de cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza (arts. 67 y 81 TFUE).

Este principio de libre circulación de decisiones judiciales en el espacio judicial europeo implica que, dictada una resolución en un Estado miembro de la UE por los diferentes tribunales o autoridades públicas competentes, ésta pueda “circular” libremente por toda la UE, pudiendo ser ejecutada en cualquier Estado sin necesidad de exigir por parte del Estado requerido, donde se ha de ejecutar tal decisión, requisitos especiales para proceder a tal pretensión. A *sensu contrario*, el ciudadano se sentiría desincentivado a circular en la UE. Por ende, deviene necesaria una armonización del DIPr en el ámbito de la UE, así como un acercamiento entre los Derechos procesales de todos los Estados que la integran. Cabe destacar que es este el objetivo a alcanzar a través, principalmente, del principio de reconocimiento mutuo enmarcado dentro de la necesaria cooperación judicial que debe darse en el espacio de libertad, seguridad y

justicia implantado como consecuencia del Tratado de Lisboa; y que a la vez es consecuencia de una libertad fundamental como es la libre circulación de personas.

Este principio de mutuo reconocimiento debe actuar como “piedra angular” de la tutela judicial efectiva en la UE, puesto que, constituye una herramienta de DIPr dirigida a garantizar, al ciudadano de la UE, el ejercicio de sus derechos fundamentales y de las libertades recogidas en el art. 67.4 TFUE, el cual reza que “La UE facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de la resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”.

Ahora bien, el principio de mutuo reconocimiento facilita el correcto funcionamiento del mercado interior. El ciudadano de la UE ejercitará sus derechos fundamentales y libertades si el ámbito en el que se desarrolla evidencia “seguridad jurídica internacional” y “confianza” entre los Estados miembros. En definitiva, se propugna la formación de una “cultura judicial europea” en la que los tribunales de cada Estado miembro deben actuar juntos de conformidad con sus tradiciones jurídicas nacionales. Por ello, la incompatibilidad de los sistemas jurídicos de cada uno de los Estados miembros no debe impedir o disuadir a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos fundamentales reconocidos en el TFUE, lo cual no impide que exista la posibilidad de que un Estado miembro (de destino) no reconozca una resolución judicial si resultan contrarias al orden público internacional del “Estado miembro de destino”¹⁴. Ahora bien, el “control de la Ley aplicada” y el “abuso de Derecho” no procederán como excepciones a la validez en un Estado miembro (de destino) de las situaciones jurídicas legalmente creadas en otro Estado miembro (de origen)¹⁵.

En conclusión, el TJUE prefiere un sistema en el que las resoluciones judiciales y demás situaciones legalmente creadas, válidas y existentes en un Estado miembro se reconozcan de modo automático, sin perjuicio de la posible emisión de una certificación por el “Estado miembro de origen” que acredite su autenticidad o veracidad, en todo el territorio de la UE sin que se interpongan procedimientos intermedios o motivos que denieguen la ejecución, generando una duración desmesurada del proceso, incremento de la incertidumbre, disminución de la previsibilidad o expectativas favorables dentro del tráfico internacional.

¹⁴ Véase la Sentencia TJCE de 14 de octubre de 2008, (Asunto C-353/06), Caso Grunkin-Paul.

¹⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 475-476.

2.3.- Jurisprudencia sobre la libre circulación de personas y de resoluciones dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2012 (Asunto C-42/11)

La cuestión que se ventila en este proceso se basa en una petición relativa a una orden de detención europea y a procedimientos de entrega entre Estados miembros (art. 4.6 de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002 en concordancia con el art. 18 TFUE) emitida por el Tribunal Criminal de Lisboa en el marco de la ejecución en Francia de una orden de detención europea contra un nacional portugués residente en Francia, a efectos de la ejecución de una pena de cinco años de prisión por tráfico de estupefacientes.

No obstante ello, en el momento de la promulgación de la orden de detención europea el condenado residía en Francia, había contraído matrimonio con una nacional de ese país y prestaba servicios laborales mediando un contrato de trabajo indefinido. Sin embargo, el principio de no discriminación y de reconocimiento mutuo, este reconocimiento, de facto, no implica a una obligación absoluta de ejecución de toda orden de detención europea (Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010, Asunto C-306/09).

Sentencia del TJUE de 31 de enero de 2006 (Asunto C-503/03)

Se declara en este litigio que el Reino de España ha incumplido sus obligaciones que le incumben en relación con la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento, residencia justificada por razones de orden y salud pública y seguridad (arts. 1 a 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964), al denegar un visado a nacionales de un tercer Estado y cónyuges de nacionales de un Estado miembro, por la sola razón de estar incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen sin haber comprobado previamente si la presencia de esas personas constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad.

3.- EL PRINCIPIO DE "RECONOCIMIENTO MUTUO".

3.1.- Método del reconocimiento de situaciones jurídicas y sistema del mutuo reconocimiento.

La creación de relaciones jurídico-privadas internacionales puede tener lugar de diferentes formas:

- 1) Aquellas constituidas *ex lege* u *ope legis*: estas son aquellas situaciones nacidas sin intervención de autoridades, o sea, por disposición legal. Ahora bien, al tratarse de una relación internacional es necesario para determinar si ésta existe como tal, la ley estatal aplicable mediante normas de conflicto.
- 2) Constituidas por decisión judicial: en este caso la relación internacional ha sido creada a raíz de una decisión proveniente de las autoridades judiciales de un Estado y por consiguiente desplegará sus efectos sólo en el territorio de éste. Sin embargo, es posible que pueda desplegar sus efectos en territorio de un Estado extranjero. Para ello, es necesario que el tribunal de este Estado extranjero otorgue reconocimiento / exequátur de la decisión dictada en el Estado de origen.
- 3) Constituidas mediante la intervención de otras autoridades públicas: situaciones constituidas por autoridades públicas distintas de tribunales y jueces, como por ejemplo: decisión judicial por la que se nombra un tutor, o se incapacita a un individuo.
 - a. Actos semipúblicos y decisiones híbridas: son aquellas decisiones donde concurren tanto un elemento privado (negocio jurídico), como un elemento público.

3.2.- Método del reconocimiento de situaciones jurídicas constituidas en el extranjero.

Muchos son ya los sistemas y normas de DIPr que incorporan método de reconocimiento de situaciones jurídicas abandonando la perspectiva conflictualista. Éste método se concreta en lo siguiente: una relación jurídica creada por las autoridades de

un Estado miembro la cual viene considerada válida y existente, será considerada como tal también en los demás Estados miembros sin aplicarse la norma de conflicto del Estado receptor de la misma. Cabe señalar aquí ciertas aportaciones de este pilar del método, pues la inaplicación de la norma de conflicto del Estado miembro de destino posibilita, en mayor medida, la continuidad espacial de la situación jurídica, así mismo evita el imperialismo de las normas de conflicto ocultando la solución conflictual sin llegar a eliminarla; y por último, permite que la situación surta los efectos jurídicos previstos en la Ley designada por la norma de conflicto del Estado miembro destinatario.

Ahora bien, de lo expuesto hasta ahora, resultará evidente que de este método se desprenden una serie de ventajas: así, cabe señalar, que ahorra costes conflictuales y potencia la circulación de relaciones jurídicas; sin embargo, por otra parte, nos resulta necesario también poner de relieve el hecho de que a este reconocimiento de relaciones cabe imponerle límites, entre los que está la exigencia de contactos reales entre la situación internacional y las autoridades que la han creado, o bien el límite del orden público, esto es, la posibilidad de rechazar el reconocimiento en el caso de que vulnere los principios fundamentales del Estado miembro destinatario.

3.3.- Método del reconocimiento de relaciones jurídicas privadas y Derecho de la UE.

Éste método del reconocimiento de situaciones privadas ha tenido un gran impacto en el Derecho de la UE, por ello hemos de realizar unas consideraciones:

1. Respecto a la libre circulación de las resoluciones judiciales en la UE: esto es, que las resoluciones judiciales que hayan sido dictadas en Estados miembros circulan libremente por la UE gracias a un elevado número de Reglamentos que potencian este hecho, entre ellos destaca de manera especial el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Reglamento 44/2001) ya que permite un *exequátur* simplificado de documentos públicos con fuerza ejecutiva. Sin embargo solo son instrumentos que potencian la ejecución de estas decisiones ya que no se pronuncian sobre el reconocimiento de los efectos constitutivos de los actos que contienen.

2. En relación a las resoluciones públicas no judiciales: libre circulación en la UE. Existen numerosas decisiones pronunciadas por autoridades de los Estados miembros de la UE que también resuelven cuestiones de Derecho Internacional Privado. Éstas suelen denominarse documentos o actos “cuasi-públicos” y son decisiones “híbridas”, que hemos citado anteriormente. Éstas están formadas por un elemento privado, y un elemento público. No son por tanto resoluciones judiciales susceptibles de ejecución material, sino que tienen un efecto constitutivo, lo que acarrea varias consecuencias:
 - a. Los Reglamentos de la UE nada disponen sobre el efecto constitutivo de estas “resoluciones públicas no judiciales”. Todas estas resoluciones parten de la presunción legal de que una situación jurídica existe y es válida en un Estado miembro. Sin embargo no hay ningún mecanismo legal que garantice que dichas situaciones jurídicas van a ser también válidas en los demás Estados miembros. Por ejemplo; un matrimonio realizado por un alcalde, un certificado registral del nombre de una persona física en España, no asegura que en otro Estado de la UE sea igualmente válido.
 - b. Cada Estado miembro dispone de sus filtros legales para admitir si estas resoluciones no judiciales producen efectos en el ámbito territorial de sus Estados.
 - c. Estos “filtros legales nacionales”, se han elaborado sobre un mecanismo técnico jurídico (al menos en España), este mecanismo es “el control de la Ley aplicada por la Autoridad extranjera”. Ello significa que la situación jurídica creada legalmente en un país extranjero, será considerada existente y válida en España, si la autoridad extranjera aplicó la Ley que hubiera aplicado la autoridad española de haberse dado la misma situación en España.

- d. Este sistema produce consecuencias legales muy negativas:
 - i. Un sistema nacionalista.
 - ii. No tiene presente que cada Estado dispone de sus propias normas de conflicto y que las autoridades soberanas de cada Estado aplicarán exclusivamente las normas de conflicto de su DIPr, que no tiene por qué coincidir con las normas de conflicto españolas. Lo que deriva en que disminuye significativamente la posibilidad de que una resolución de este tipo, extranjera, surta efectos jurídicos en España.
 - iii. Puede vulnerar, en último lugar, la libre circulación de personas en la UE (artículo 21 TFUE), puesto que no existirán incentivos para trasladarse a otro Estado miembro, si con ello, el control de la Ley aplicada, produce que una situación jurídica legalmente creada en su Estado de origen, no se considere válida, ni existente ante el Estado de destino. Por ejemplo, un francés puede decidir no trasladarse a España si el nombre otorgado legalmente por las autoridades francesas no es legal ni válido en España, o un matrimonio celebrado en Francia no es considerado un matrimonio en España, etc.

Soluciones proporcionadas por el Derecho de la UE

Varias soluciones ha tenido en cuenta la UE para resolver este problema de los efectos constitutivos de las resoluciones no judiciales de la UE. Entre ellas la “unificación o armonización de las normas de conflicto de la UE” y “el reconocimiento mutuo”, como las más relevantes.

Unificación o armonización de las normas de conflicto de la UE

Esta solución busca mantener efectivamente un control de la legalidad de las resoluciones no judiciales a través del “Control de la Ley aplicada”, pero acompañado por una unificación o armonización de las normas de conflicto de las leyes en la UE. Lo que produciría tres importantes consecuencias:

- Cada Estado podría mantener su propio Derecho Privado Material.
- Al crearse normas de conflicto de la UE, que determinaran la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, de forma uniforme para toda la UE, se eliminan los obstáculos para la libre circulación de ciudadanos de la UE. Ya que una situación legalmente constituida en un Estado miembro con arreglo a su ley estatal, seguirá siendo válida en otros Estados, pues en otro Estado seguiría rigiéndose por la misma Ley estatal, pues es la Ley designada por la norma de conflicto de la UE común a todos los Estados miembros.
- Evita el “Forum Shopping”, pues la Ley aplicable a una determinada situación jurídica es la misma, puesto que es independiente el Estado miembro en que se constituya. Esto va a favor de seguridad jurídica, y del buen funcionamiento del espacio europeo de libertad, justicia y seguridad.

Sin embargo hasta hoy, aunque ya se está regulando esta materia, esta vía no ha sido completamente seguida en todas las materias por las autoridades de la UE. Aunque es posible que se utilice en poco tiempo en materias como testamentos notariales, nombre de personas físicas, etc. Por otro lado en el ámbito europeo ya se regula la ley aplicable al divorcio y separación judicial, los contratos etc.

3.4.- Reconocimiento mutuo.

En el art. 67 TFUE, se consagra la necesaria conexión que ha de existir entre el espacio de libertad, seguridad y justicia en que se convierte Europa y el respeto a los derechos fundamentales. En su apartado cuarto, indica: “la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en concreto el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”.

Según la profesora Durán Ayago¹⁶:

“En este precepto se aprecia con toda intensidad la importancia que se concede a la tutela judicial, en tanto derecho fundamental, constituyendo el principio de reconocimiento mutuo una vía para potenciarlo”.

El método del reconocimiento mutuo es un desarrollo del antes expuesto “método del reconocimiento de relaciones jurídicas”, propio del Derecho de la UE. Este método se basa en lo siguiente:

- Por un lado, se basa en la idea de la confianza intra UE. Se sostiene en la idea de “confianza entre los Estados miembros”. Se aceptan en un Estado Miembro las situaciones jurídicas creadas por autoridades de otros Estados miembros porque se confía plenamente en la Justicia impartida en el Estado miembro de origen. Esta idea de confianza en la Justicia extranjera es muy antigua en DIPr, ya ha sido utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para agilizar la libre circulación de mercancías en su jurisprudencia, concretamente la Sentencia TJCE de 20 de febrero de 1979 (Asunto 120/78), en la que se afirma:

“la mercancía legalmente fabricada en un Estado Miembro puede ser introducida en otro Estado Miembro y comercializada en el mismo, porque el Estado Miembro de destino “reconoce” como suficiente el ajuste de la mercancía a las condiciones de fabricación exigidas por la Ley del Estado miembro de origen”.

- No control de la Ley aplicada ni de la competencia de la autoridad de origen. No se controla con este sistema ni la Ley que aplicó la autoridad del Estado miembro de origen, ni los criterios de atribución de la competencia internacional que usó para declararse competente y dictar la decisión. Es por tanto indiferente que Ley aplicó la autoridad judicial para crear la situación jurídica, pues aplico su “sistema nacional de DIPr” y una concreta Ley estatal. Por tanto, la situación jurídica creada en dicho Estado, dispone de un

¹⁶ DURÁN AYAGO, A., “Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, enero 2013, en <http://www.iustel.com>

“Pasaporte legal de la UE”, por llamarlo de alguna forma, por lo que se considera válida y existente en el resto de la UE. Este método se basa en un “conflicto de sistemas” que opta por la aplicación del sistema de DIPr, del Estado miembro en que se forma la situación jurídica, esta aplicación del DIPr del Estado de origen, constituye una “norma de conflicto oculta”. La no aplicación de las normas de conflicto del Estado miembro de destino a dicha situación jurídica, garantiza mayor continuidad espacial de tal situación, especialmente en Derecho de persona y familia. Es independiente por tanto que la situación sea interna o internacional.

➤ No control de la competencia de la autoridad del Estado miembro que interviene en la constitución de la situación privada internacional.

Los particulares, son titulares del derecho a desplazarse al Estado miembro que deseen para constituir allí una situación o relación jurídica, aunque dicha situación no presente vínculo objetivo con dicho Estado. Ello no es ningún fraude de ley, ni un *forum shopping*, de modo que la situación jurídica creada en un Estado miembro con el que no presenta contactos objetivos no debe ser penalizada. Objeto de ello son ambos casos: Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999 (Asunto 212/97) y la Sentencia TJCE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto C-167/01).

El TJUE no ha practicado jamás un control de competencia internacional de las autoridades del Estado miembro que constituyó o autorizó una situación jurídica privada. Esta competencia no se controla, pues sería negar la misma idea de la libre circulación en la UE. Pues los particulares son libres de circular por los Estados de la UE que quieran e instar la constitución de las situaciones jurídicas privadas que prefieran. Esto crea una diferencia sustancial entre las situaciones cubiertas por la libre circulación en la UE, y aquellas que han sido creadas en Estados terceros, para las que hay que ejercer el control de competencia de la autoridad del Estado de origen. Esto conlleva ciertas excepciones:

- *Bad forum shopping*, mediante hechos falsos. Existe fraude de ley al Derecho de la UE cuando los hechos que permiten conocer del asunto a las autoridades de un Estado miembro son falsos, creando los particulares unos hechos falsos, meramente nominales, pero inexistentes, como sucede en la Sentencia del TJCE de 12 de septiembre de 2006 (Asunto C-196/04). Estos casos de fraude de ley internacional, deben ser interpretados de forma restrictiva, pues es una excepción a la regla general.

- Orden público internacional. puede denegarse el reconocimiento mutuo de resoluciones y decisiones acordadas por autoridades públicas de un Estado miembro en el caso de que dicho reconocimiento produzca una vulneración del orden público internacional o de “disposiciones imperativas” del Estado miembro de destino. Si en el contexto del Reglamento 44/2001, el orden público internacional es un límite al reconocimiento de resoluciones judiciales, también debe operar frente a actos de jurisdicción voluntaria.
- Intervención de autoridad pública. El mutuo reconocimiento requiere que la situación jurídica haya sido constituida por una autoridad pública del Estado miembro en que se crea la situación jurídica, autoridad en que se confía plenamente.
- Judge made Law. El mutuo reconocimiento ha sido potenciado por el TJUE ante la pasividad del legislador de la UE. Dictando resoluciones en diversas materias;
 - Materia de nombre de las personas:
 - Sentencia TJCE de 14 de octubre de 2008, (Asunto C-353/06), Caso Grunkin- Paul.
 - Sentencia TJCE de 22 de diciembre de 2010, (Asunto C-208/09), Caso Wittgenstein.
 - Sentencia TJCE de 30 de marzo de 1993, (Asunto C-168/91), Caso Konstantinidis.
 - Materia de constitución de sociedades:
 - Sentencia TJCE de 12 de septiembre de 2006, (Asunto C-196/04), Caso Cadbury Schweppes.
 - Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999, (Asunto 212/97), Caso Centros
 - Sentencia TJCE de 30 de septiembre de 2003, (Asunto C-167/01), Caso Inspire Art.
- Lex originis. Nada tiene que ver el reconocimiento mutuo de la aplicación de la Ley de origen del sujeto.

3.5.- Jurisprudencia sobre el reconocimiento mutuo de decisiones dictada por el TJUE.

He querido hacer una mención especial a esta Sentencia TJUE 2011/313, puesto que se plantea una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva a la que nos referimos a continuación, y dado que existen múltiples Sentencias relativas a la interpretación de la Directiva comunitaria 91/439, sobre permiso de conducción, entre ellas; Sentencia TJCE (Asunto 2008\144), Caso Arthur Wiedemann y otros contra Württemberg y otros; Sentencia TJCE de 19 de mayo de 2011, (Asunto 2011/142); Sentencia TJCE de 26 de junio de 2008, (Asunto 2008\143), Caso Manfred Seuke y otros contra Landkreis Mittlerer.

Este asunto, acaba por resolverlo el TJCE en la Sentencia más reciente sobre la denegación del reconocimiento mutuo de la expedición de permisos de conducción por ciertas circunstancias, y la interpretación de la correspondiente Directiva 91/439, Sentencia que analizaré brevemente:

Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011, Apelt. (Asunto C-224/10)

Este asunto se plantea ante la Sala segunda del TJUE, teniendo por objeto la petición prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Landgericht Baden- Baden (Alemania), mediante resolución del 6 mayo de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 mayo de 2010, en el procedimiento penal entablado contra Apelt.

En lo esencial, la cuestión prejudicial se plantea, con el fin de que sean interpretados por el TJUE, diversos artículos de la Directiva 91 /439/ CEE del Consejo, de 29 de julio del 1991 sobre permisos de conducción. En concreto los artículos 1, 5, 7, y 8, relativos a las condiciones para expedir un certificado de conducción, y para que las autoridades de un Estado Miembro puedan considerar que no se ha expedido conforme a la normativa, o que una infracción en el permiso B puede así mismo afectar al certificado D. Esta Directiva fue modificada por la Directiva 2000/56/CE de la Comisión, de 14 septiembre de 2000, así como la interpretación del artículo 11 de la Directiva 2006/ 126/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 diciembre de 2006, sobre permiso de conducción.

El TJUE concluye que, dado que:

“el permiso de conducción para vehículos de categoría B expedido al Sr. Apelt por las autoridades checas adolece de irregularidades que justifican la negativa a su reconocimiento, los artículos 1, apartado 2, y 5 apartado 1 a) y b), y 8 de la Directiva 91/439, no se oponen a que las autoridades alemanas se nieguen al reconocimiento también el permiso de conducción de vehículos de categoría D expedido por el Sr. Apelt., por las autoridades checas, sobre la base de su permiso de conducción de categoría B”

Existen otras Sentencias acerca de problemas de reconocimiento mutuo entre países, como las que siguen:

Sentencia TJCE de 30 de abril de 2009 (2009/107), Caso Lidl Magyarország Kereskedel contra Nemzeti Hírközlesi, sobre las condiciones que han de cumplir los aparatos electrónicos y radioeléctricos para que sean comercializados y, reconociéndose su validez, por los distintos Estados miembros, interpretación de la Directiva 1999/5/CE, (consideración del marcado “CE” en los productos.

4.- LA "EUROPEIZACIÓN" DEL DIPr: DEL TRATADO DE ÁMSTERDAM AL TRATADO DE LISBOA.

El proceso antes conocido como “comunitarización del DIPr” y ahora como “competencia para elaborar normas de DIPr” o impropriamente también llamado “europeización del DIPr” consiste en lo siguiente:

- La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas. Esto constituye un objetivo en sí mismo de la UE contemplado en el art. 3.2 TUE, al establecer que “la clave radica en lograr un balance equitativo y adecuado entre las tres dimensiones (libertad, seguridad y justicia) para no dañar los valores fundamentales y principios democráticos (Estado de Derecho) compartidos en toda la Unión”.

La integración europea se basa en los siguientes valores comunes: los derechos fundamentales, el respeto del Estado de Derecho y las instituciones democráticas. Éstos deben constituir la base de cualquier acción de la Unión.¹⁷

- Las autoridades de la UE -Parlamento Europeo y Consejo- disponen de competencia para regular dicho espacio¹⁸. De modo paralelo a la atribución de estas competencias a las autoridades europeas los Estados miembros las van perdiendo progresivamente¹⁹.
- Para regular y alcanzar el espacio judicial europeo tales autoridades deben desarrollar una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y extrajudiciales. Esta referencia a la cooperación se explica porque los Estados miembros siguen siendo Estados soberanos independientes, pero que deben actuar de manera conjunta, aunque sean las instituciones de la UE quienes dicten las medidas para la creación y el desarrollo del espacio judicial europeo.
- Esta cooperación judicial en materia civil se logra también a través de medidas²⁰ que pueden adoptar el Parlamento Europeo y Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior.

4.1.- Fundamento de la competencia de la UE para elaborar normas de DIPr.

Las barreras jurídico-públicas a la circulación de personas, mercancías, servicios y capitales en la UE, tales como aranceles, permiso de residencia o trabajo, etc., han sido eliminadas por el Derecho de la UE. Ahora bien, a pesar de la eliminación de dichas

¹⁷ ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 15/2008. <http://www.reei.org>

¹⁸ Véanse los artículos 81.2, 4.2.j) y 67 TFUE.

¹⁹ Véanse los artículos 2.2 y 4.2 TFUE.

²⁰ Véanse el artículo 81.2 TFUE.

barreras la libre circulación de personas y mercancías dentro del territorio de la UE no funciona correctamente ni tampoco al nivel deseado, y ello por varios motivos:

1. Inseguridad jurídica. Cada Estado miembro dispone de sus propias normas de conflicto en los diferentes sectores del DIPr. Esta situación provoca que la ley aplicable a una situación privada internacional pueda ser distinta dependiendo de un Estado miembro u otro. De esta manera se producen diversos efectos negativos que dañan el mercado interior:
 - a. La inseguridad jurídica para los particulares es elevada, ya que *a priori* no se puede saber cuál es la ley aplicable a una situación privada internacional.
 - b. Provoca la 'carrera a los tribunales', ya que el sujeto que primero presenta la demanda “elige” la ley aplicable.
 - c. Se fomenta el *forum shopping* pues los particulares pueden especular sobre la ley aplicable y pueden elegir litigar ante los tribunales del Estado miembro cuya ley aplicable les resulte más favorable.
 - d. Los particulares se sentirán incentivados a litigar en un Estado miembro u otro dependiendo de la conveniencia de aplicar o no una concreta ley material.
2. Situaciones legales claudicantes válidas y existentes en un Estado pero no en otro. Una no conexión de los sistemas judiciales de los Estados miembros provoca que no habrá garantía de que una sentencia o resolución pública dictada en un Estado miembro sea efectiva en otro Estado miembro, provocando que una situación legal sea considerada existente y válida en un Estado miembro pero no así en otro. Ello supone un problema a la libre circulación de personas y factores productivos en la UE.
3. Dilema del intercambio internacional. Es la presencia de distintos sistemas de Derecho privado material y DIPr. Si las normas de competencia judicial internacional, de Derecho aplicable y de validez extraterritorial no son las mismas en todos los Estados miembros los particulares de un determinado Estado desconocen el tribunal al que deben acudir para demandar a los

particulares incumplidores establecidos en otro Estado miembro distinto, es decir, no se sabe que ordenamiento jurídico regulará las relaciones entre particulares. De igual modo tampoco se tiene la seguridad de saber que ley estatal regulará sus relaciones jurídicas con esos sujetos y tampoco si una sentencia de condena, dictada en un Estado contra un sujeto incumplidor, puede ser ejecutada en otro Estado miembro.

Ante tal inseguridad los particulares y empresarios establecidos en un Estado miembro prefieren no relacionarse con sujetos establecidos en otro Estado diferente.

Para acabar con estos tres problemas que hacen deficiente el correcto funcionamiento del mercado interior era necesario que las autoridades de la UE tuviesen la competencia exclusiva para elaborar las normas de DIPr, asegurando así la creación de un auténtico “espacio judicial europeo”.

Se diferencian dos momentos:

- ❖ Tras el Tratado de Ámsterdam (1997) y el Tratado de Niza (2001), el Espacio Judicial Europeo se configura como un instrumento al servicio de las libertades de circulación recogidas en el Derecho Originario de la UE. Este Espacio Judicial Europeo se concibe como una herramienta necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. De este modo con unas normas uniformes de DIPr válidas e iguales para todos los Estados se consiguió que el funcionamiento del mercado mejorará notablemente.
- ❖ Hay que decir que, aparte de considerarse como una herramienta necesaria, el Espacio Judicial Europeo constituye un objetivo, en sí mismo, de la UE, que debe alcanzarse independientemente de su papel en el mercado interior. Esto se recoge en el art. 81.2 TFUE. Esta importancia del Espacio Judicial Europeo viene dada por la prioridad emblemática atribuida a los valores no económicos y por el hecho de fijar la ley aplicable a supuestos internacionales aun cuando no estén relacionados con el mercado interior de la UE.

El Tratado de Ámsterdam -por el que se modifican los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos- fue firmado el 2 de octubre de 1997 en Ámsterdam, por el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República griega, del Reino de España, la República francesa,

Irlanda, la República italiana, el Gran-Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República portuguesa, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. En virtud del artículo 313²¹, del propio texto legal, entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras ser ratificado por todos los Estados miembros. La profesora Durán Ayago, se refiere al Tratado de Ámsterdam en los siguientes términos:

*“El Tratado de Ámsterdam constituye la base normativa necesaria para la creación de un verdadero espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”*²².

Tal es su importancia, dado que establece la base en cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, incluyéndose la mejora en al notificaciones transfronterizas, la obtención de pruebas, el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, etc.

El Tratado de Lisboa -que sustituye al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea- hecho y firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 por la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República griega, el Reino de España, la República francesa, la República italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran-Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Entró en vigor el 1 de enero de 2009²³, tiene la finalidad de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión y mejorar la coherencia de su acción.

²¹ “El presente Tratado entrará en vigor el primer día del mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad. Sin embargo, si dicho depósito se realizare menos de quince días antes del comienzo del mes siguiente, la entrada en vigor del Tratado se aplazará hasta el primer día del segundo mes siguiente a la fecha de dicho depósito.”

²² DURÁN AYAGO, A., “Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, enero 2013, en <http://www.iustel.com>

²³ De conformidad con lo establecido en el artículo 6.2 de la Disposición Final del propio Tratado de Lisboa: “El presente Tratado entrará en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad.”

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la dualidad de bases jurídicas en las que puede fundamentarse la elaboración de textos normativos europeos que afecten al DIPr., que persistía después del Tratado de Ámsterdam, se ha eliminado. Tras el tratado de Ámsterdam, por el que el Título IV, la Comunidad Europea asumía la competencia para legislar en materias de DIPr, cediendo esta competencia estatal a la Comunidad, ahora UE, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, desaparece esta vía intergubernamental para elaborar normas de DIPr, como señala la profesora Duran Ayago:

“siendo ahora el Reglamento, el tipo de norma elegida para llevar a cabo la europeización del DIPr”²⁴.

4.2.- Espacio Judicial Europeo.

¿Cómo definir qué es “Espacio Judicial Europeo”? Se puede extraer una definición del concepto de “Espacio Judicial Europeo” de las Conclusiones del Consejo de Tampere, ya que ni en el TUE ni el TFUE incorporan concepto al respecto. De éstas puede desprenderse que el Espacio Judicial Europeo es un espacio en el que las personas pueden acceder a los tribunales y autoridades de otros Estados miembros del mismo modo que pueden hacerlo en su propio Estado miembro. Asimismo, este es un espacio en el que las resoluciones de los tribunales y demás autoridades públicas de los Estados miembros deben ser respetadas y ejecutadas en toda la UE, con plena salvaguarda de la seguridad jurídica básica de las personas y de los operadores económicos. Por otro lado, es un espacio en el que los particulares y las empresas no se ven impedidos o desincentivados en el ejercicio de sus derechos a causa de la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legales y administrativos de los Estados miembros.

El Espacio Judicial Europeo constituye un área en la que los particulares pueden ejercitar sus derechos ante los tribunales. El objetivo principal del Espacio Judicial Europeo es construir un área en el que los tribunales de los Estados miembros actúen como si fueran los tribunales de un solo Estado. Ello potencia el “correcto funcionamiento del mercado”.

²⁴ DURÁN AYAGO, A., “Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, enero 2013, en <http://www.iustel.com>

El Espacio Judicial Europeo es un “área judicial” en la que se encuentran integrados los tribunales de los Estados miembros; Estados soberanos, cada uno con su propia organización nacional de tribunales. El hecho de que el espacio judicial europeo en favor de todas las personas que encajan con la idea de que dicho espacio potencia el acceso a la justicia, que es derecho fundamental de toda persona:

*“La cooperación judicial podría verse potenciada mediante la consolidación de la confianza mutua y mediante el desarrollo paulatino de una cultura judicial europea basada en la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y en la unidad del Derecho europeo”.*²⁵

Para poder construir el Espacio Judicial Europeo, la UE debe desarrollar una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, se concretará a través de la diversas “medidas”. Medidas que deberán ser acordadas por el Parlamento Europeo y Consejo, siendo susceptibles de un recurso prejudicial a la validez e interpretación de dichos actos. El Tratado de Lisboa de 13 diciembre de 2007 ha derogado el art. 68 TCE, artículo que limitaba la posibilidad de formular este recurso prejudicial a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que decidían sobre las cuestiones y contra cuyas resoluciones no cabía ulterior recurso. Además, en la aplicación de las medidas relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, puede activarse un procedimiento prejudicial urgente; por el cual se simplifican las fases del procedimiento ante el TJUE en los casos en los que sea absolutamente necesario que el TJUE se pronuncie sobre la remisión de prejudicial en el menor plazo posible.

Estas medidas se adoptarán para construir un Espacio Judicial Europeo, sean o no necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior -art. 67.1 TFUE-. No obstante, el mercado interior funcionará mejor, ya que el Espacio Judicial Europeo elimina los obstáculos a la libre circulación de persona y factores productivos de la UE. Medidas que deben ser adoptadas sólo en relación con los casos internacionales; sólo estos afectan al espacio judicial europeo. La UE carece de competencia para unificar el Derecho de los Estados miembros en relación con asuntos civiles meramente internos. No obstante, pueden acordarse medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros²⁶.

²⁵ Véase ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 15/2008. <http://www.reei.org>

²⁶ Véase el artículo 81.1 *in fine* TFUE

Se puede concluir que, con cada día que pasa, la progresiva elaboración del DIPr por la UE, por sus instituciones, y la pérdida de poder normativo de los Estados miembros en materia de DIPr hacen que el DIPr de los Estados miembros sea DIPr producido por las instituciones de la UE²⁷. El DIPr de los Estados miembros ha experimentado un cambio extraordinariamente profundo, cada día que pasa, es menos DIPr nacional y más DIPr UE. “Los Estados miembros ceden competencias y deben controlar a quién y cómo deben otorgarlas. Una amplia institucionalización de la UE comporta un límite a la soberanía nacional de los Estados miembros. La institucionalización de la UE garantiza el correcto funcionamiento de las reglas de mercado²⁸. En consecuencia, a través de la consolidación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, los Estados miembros que integran la UE aspiran a la realización de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos comunitarios.”²⁹

Hemos de puntualizar que la europeización no ha sido igual para todos los países, pues algunos han tenido sus reservas, es el caso de Dinamarca, que a petición propia quedó fuera del Título IV del TCE, incorporándose después por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca, también para la incorporación al nuevo Reglamento 1215/2012, del que hablaremos a continuación.

Por último, resulta relevante hacer una mención especial al Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 Diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (en lo siguiente Reglamento 1215/2012). Este Reglamento es el sustituto del Reglamento 44/2001, tan conocido por todos nosotros, este nuevo Reglamento, continúa en la línea del anterior, sin embargo, da un paso más en el camino de la “europeización del DIPr”, como refiere la profesora Duran Ayago:

“abre nuevos escenarios, hasta ahora inexplorados, en materia de reconocimiento y ejecución, dotando a las resoluciones judiciales, a los documentos públicos con

²⁷ Algunos ejemplos: Reglamento 44/2001, Reglamento (CE) N° 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) N° 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

²⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales” en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz* 2002, coord. por QUEL LÓPEZ, F.J. / ZABALA AGUIRRE, I. / ÁLVAREZ RUBIO, J.J., 2002, pp. 81-216.

²⁹ ORTIZ VIDAL, M.D., “Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n° 1, pp. 384, <http://www.uc3m.es/cdt>

fuerza ejecutiva y a las transacciones judiciales en las que haya intervenido alguna autoridad pública de un Estado miembro de eficacia inmediata en el resto de Estados miembros, lo que constituye un paso más en la conquista de la denominada “quinta libertad comunitaria” o dicho con palabras más precisas, en la conquista de la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo”³⁰.

4.4.- Jurisprudencia sobre “europeización” del DIPr dictada por el TJUE.

Sentencia 12 Mayo 2011 TJUE(Asunto 2011/132), Caso Runevic – Vardyn y Wardyn

Esta petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los arts. 18 TFUE (RCL 209, 2300) y 21 TFUE, así como del artículo 2.2.b), de la directiva 2000/43/CE el Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

La cuestión versa sobre la negativa de las autoridades de un Estado miembro de modificar el certificado de matrimonio de un ciudadano de la Unión nacional de otro Estado miembro, por problemas de signos diacríticos y forma de grafía.

Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 (Asunto 2010/412), Caso Sayn-Wittgenstein

La cuestión versa sobre la negativa a reconocer el apellido de la señora Wittghenstein perteneciente a un Estado miembro, en el registro civil de aquel otro Estado miembro en el que reside porque susodicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer estado acorde a su Derecho constitucional.

³⁰ DURÁN AYAGO, A., “Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, enero 2013, en <http://www.iustel.com>

5.- BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 15, de 2008, en <http://www.reei.org>

BENGOETXEA, J.R., “Informe sobre Derechos Fundamentales y Ciudadanía europea en el Tratado constitucional”, en AAVV, *La Constitución Europea. Una visión desde Euskadi*, Eurobask, 2005, pp.17-23.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª ed., Comares, Granada.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 13ª ed., Comares, Granada.

DURÁN AYAGO, A., “Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, enero 2013, en <http://www.iustel.com>

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional privado*, 2ª ed.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Vitoria Gasteiz 2002, coord. por QUEL LÓPEZ, F.J. / ZABALA AGUIRRE, I. / ÁLVAREZ RUBIO, J.J., 2002, pp. 81-216.

ORTIZ VIDAL, M. D., “Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, nº 1, pp. 376-402, en <http://www.uc3m.es/cdt>

PARTE II

LA “COMPETENCIA INTERNA” Y LA “COMPETENCIA EXTERNA” DE LA UE Y SU INFLUENCIA EN EL DIPr: LA UE COMO MIEMBRO DE PLENO DERECHO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DIPr.

PARTICIPANTES:

Augusto Ramos Sánchez, Diego Sastre García, Masako Catherina Wagenaar (realiza la exposición oral).

SUMARIO:

1.- COMPETENCIAS DE LA UE. 1.1.- La competencia interna de la UE. 1.2.- La competencia externa de la UE. 2.- INFLUENCIA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN EL DIPr. 2.1.- Tipos de normas de la UE. 2.2.- Materias en las que se otorga libertad de regulación a los Estados. 3.- LA UE Y LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DIPr. 3.1. La evolución de la UE hacia su integración en la Conferencia de La Haya. 3.2.- La Conferencia de La Haya, de manera general. 3.3.- La participación de los Estados parte en la Conferencia de La Haya y las Organizaciones Regionales de Integración Económica (ORIE). 3.4.- La adhesión a la Conferencia de La Haya de la UE y su competencia externa. 3.5.- Conclusión. 4.- BIBLIOGRAFÍA.

DESARROLLO:

1.- COMPETENCIAS DE LA UE

Para tratar el tema de las competencias de la UE, hay que partir del hecho de que el Tratado de Ámsterdam de 1999 constituye el marco jurídico básico. En su contenido,

se formula el *principio de atribución* que inspira la regulación en materia de reparto de competencias y que se completa con el *principio de proporcionalidad*³¹.

Se debe determinar en qué ámbitos tiene la Comunidad competencia para actuar, ya que en virtud del principio, antes mencionado, de atribución, la UE sólo tiene competencia para actuar *dentro del margen de facultades atribuidas por los Estados a la Comunidad*. El problema radica en que esta técnica de atribución no supone la existencia de una lista en la que se determinen las competencias que se ceden a la UE.

El *Tratado de Roma*³² ya preveía un sistema de reparto de competencias, de forma que la UE sólo podría actuar en la medida que el Tratado le atribuyera competencia para ello. No existía un listado competencial, de modo que las mismas se hallaban dispersas a lo largo del texto comunitario.

La titularidad de las competencias se rige por el principio de atribución (arts. 1, 4 y 5 TUE). La subjetividad de la UE deriva de la voluntad de los miembros, no es soberana y sus competencias no son originarias. Es una atribución de carácter funcional y específico, para llevar actuaciones concretas. En los tratados se perciben ciertas modulaciones a este principio.

Siguiendo la clasificación realizada en los textos institucionales, las competencias de la UE se clasifican de la siguiente manera³³:

³¹ Informe de la Comisión «Legislar mejor, 2003», de conformidad con el artículo 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (11º informe) /* COM/2003/0770 fina pp. 3.3

³² El Tratado CEE, firmado en Roma en 1957, reúne a Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux en una Comunidad que tiene por objetivo la integración a través de los intercambios con fines de expansión económica. A partir del Tratado de Maastricht, la CEE se convierte en la Comunidad Europea, lo que expresa la voluntad de los Estados miembros de ampliar las competencias comunitarias a ámbitos no económicos. Prevé la creación de un mercado común, de una unión aduanera y de políticas comunes. Los artículos 2 y 3 del Tratado abordan directamente estos tres temas. Precisan que la misión principal de la Comunidad consiste en la creación de un mercado común y enumeran las acciones que ésta deberá emprender para cumplir su mandato.

³³ MANGAS MARTÍN, A., “La distribución de competencias en la unión europea y el principio de subsidiariedad”, en <http://idpbarcelona.ub.edu> pp. 3 a 5.

- ✓ Exclusivas
- ✓ Concurrentes y compartidas
- ✓ Complementarias.

Las primeras atribuyen la competencia lógicamente a la Comunidad en exclusiva,³⁴ para la consecución de sus objetivos, bien expresamente, bien en forma implícita. Para encontrar ejemplos de competencias exclusivas expresas nos encontramos con el art. 3.1 TFUE:

- Unión aduanera (arts. 28 y 31 TFUE).
- Derecho comunitario de la competencia (arts. 101 y siguientes TFUE).
- Política monetaria (arts. 127 y siguientes TFUE).
- Política común de pesca, en lo relativo a la gestión y conservación de recursos biológicos marinos.
- Política comercial común (art. 207 TFUE).

Más dificultad presenta en cambio la identificación de competencias que implícitamente tiene atribuida la UE en exclusiva. Las competencias implícitas son aquellas que derivan de competencias expresamente atribuidas en una base jurídica del TFUE y cuyo ejercicio resulta necesario para la realización de las funciones y el logro de los objetivos a los que sirve dicha base jurídica. Sin embargo, y como algunos de estos objetivos han tenido en los textos comunitarios un carácter algo indefinido, se propició el recurso al principio de los poderes implícitos.

Las compartidas, por un lado, otorgan a ambos la capacidad de legislar en un sector determinado de manera compatible, y las concurrentes, por otro, limitan la actuación de los Estados miembros una vez que la UE ha legislado sobre una materia determinada.

i. ³⁴ Reparto de competencias.
http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/competences_es.htm

Por último, las competencias complementarias residen esencialmente en el plano nacional, por lo que la intervención de la UE es muy limitada y no sustituye a la de los Estados miembros.

1.1.- La competencia interna de la UE

En primer lugar, resulta necesario precisar que la UE no goza de competencias propias u originarias, ni tampoco se confirieron en el Tratado constitutivo ni en el Tratado de Lisboa ya que no se constituye un poder político originario.

De este modo, podemos afirmar que las competencias de la UE son derivadas de una atribución de quienes son titulares y las conservan, los Estados miembros. Esto es así porque se atribuye el ejercicio de las competencias, no la titularidad, ya que el titular de la soberanía es el conjunto de la ciudadanía de cada uno de los Estados miembros. Lo que quiere decir esto, es que la UE no tiene competencias propias originariamente; sino que las que posee son fruto de una cesión que hace voluntariamente cada Estado miembro.³⁵

En el actual TFUE se atribuye a las instituciones europeas la competencia para la elaboración de normas relativas a la cooperación judicial en materia civil, entre las que se incluyen:

- 1º) Las que tienen por objetivo mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles;*
- 2º) Las que persiguen “fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”;*
- 3º) Las que tienden a eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.*

³⁵ DURÁN AYAGO, A., “Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, enero 2013, pp. 17 a 23, en <http://www.iustel.com>

La competencia interna de la UE afecta a la formulación de normas que regulan el “espacio comunitario de libertad, seguridad y justicia”, esto es, las llamadas “relaciones intracomunitarias”. Pues bien, en relación con esta “competencia interna de la UE”, la materia que puede verse “europeizada” es el sistema entero DIPr en sus tres sectores:

- ✓ Competencia judicial internacional.
- ✓ Derecho aplicable.
- ✓ Validez extraterritorial de decisiones, y en relación tanto a cuestiones patrimoniales, como personales y familiares.

El DIPr sufre una transformación, ya que pasa a ser materia de “competencia compartida” entre la UE y cada uno de los Estados miembros. Es decir, cuando la UE regula un área concreta de DIPr., los Estados miembros pierden lo que se podría denominar “competencias legislativas” en relación a la materia regulada por los instrumentos jurídicos comunitarios³⁶.

De esta manera, si todas las materias del DIPr pueden ser objeto de la “europeización”, se produce lo que se podría denominar como el “trasvase comunitario”, fenómeno conocido así entre algunos miembros de la doctrina.

Surge de este modo un cambio, ya que, el DIPr está pasando de ser elaborado por los legisladores nacionales, a ser elaborado por las instituciones europeas.

Es muy importante resaltar que ante lo expuesto, el fenómeno de la europeización del DIPr ha de contemplarse desde el prisma de dos principios fundamentales, en primer lugar, el principio de proporcionalidad y, en segundo lugar, el principio de subsidiariedad³⁷.

1.2.- La competencia externa de la UE.

³⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “El derecho comunitario como fuente del derecho internacional privado”, *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 12, 1994, pp. 82 a 95.

³⁷ CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, Vol. 21, 2003, pp. 51 a 55, en <http://revistas.um.es/analesdelderecho>

Hemos de considerar las competencias externas como competencias para concluir Tratados internacionales, que sustituya a la ostentada por los Estados y aunque no haya sido explícitamente prevista, si su ejercicio corresponde en exclusiva a la UE o será una competencia compartida UE- Estados miembros. A pesar de la ausencia de una base competencial explícita, el TCE (antiguo Tratado de Roma) ha sido reconstruido en este punto por ciertas decisiones del Tribunal de Justicia conformando la llamada *doctrina de las competencias implícitas externas*.

La doctrina sobre *competencia implícita externa* (como variante de las competencias compartidas) defendida por el TJUE se inicia con la STJCE en el *asunto AETR* en la que el TJUE afirma que la Comunidad puede concluir tratados internacionales con terceros en el ámbito de los objetivos, no sólo cuando resulte de una atribución explícita del Tratado, pues puede derivar de otras disposiciones del Tratado y de actos adoptados por las instituciones de la Comunidad. Agregando que “cada vez que la Comunidad haya adoptado disposiciones instaurando, bajo cualquier forma, reglas comunes, los Estados miembros no tienen ya el derecho de contratar con Estados terceros *obligaciones que afecten a estas reglas*”. La competencia es de *alcance exclusivo* en tanto que afecte a normas comunitarias internas o altere su alcance. Doctrina que provoca un doble viraje a favor de las instituciones europeas: por una parte, se le asigna competencia externa a la Unión para la negociación y celebración de tratados internacionales y, por otra, dicha asignación tiene lugar con alcance exclusivo o en detrimento de la competencia normativa de los Estados³⁸.

Esta extensión, desde una competencia interna expresamente prevista hacia una competencia externa no asignada en los Tratados, se reitera y refuerza en otros casos. Por ejemplo en el Dictamen 1/76³⁹ al afirmar que cada vez que el TCE reconoce a la Comunidad la competencia interna, ostenta también el poder de concluir Tratados internacionales que sean necesarios para lograr el objetivo previsto más aún si ya existe armonización. Añadiendo que el ejercicio *ad extra* de una competencia concurrente no

³⁸ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "La proyección externa de la comunitarización del Derecho Internacional Privado". *La Ley*, número 5611, 13 septiembre 2002.

³⁹ Afirmación establecida en el Dictamen TJCE 1/76, de 26 de abril de 1977

está forzosamente condicionado a una acción previa *ad intra*, bastando con que la acción exterior sea necesaria para lograr alguno de los *objetivos* de la Comunidad.

Desde estos poderes implícitos, el Tribunal de Justicia ha deducido el principio de paralelismo entre las competencias internas y externas. Es decir, se afirma la existencia de una competencia externa de la UE en aquellos ámbitos en los que una base jurídica concreta del Tratado le otorga una competencia interna. El reconocimiento de la competencia para celebrar un acuerdo internacional se hace necesario para que el cumplimiento de los fines a los que atiende la base jurídica resulte eficaz.

Tal reconocimiento, como hemos dicho anteriormente, se hizo por primera vez en 1971 con el asunto *AETR* en el que se reconoció además la vertiente externa del artículo 308 TCE. Es precisamente en el contexto de las relaciones exteriores de la UE donde el *principio de los poderes implícitos* se ha desarrollado con más intensidad y trascendencia que en cualquier otro campo como vamos a comprobar.

En lo que concierne al tema de las competencias externas de la UE, es preciso determinar los fundamentos del alcance exclusivo de las competencias europeas, y aclarar si cuando las competencias no exclusivas de carácter concurrente se proyectan *ad extra* cambian su alcance para convertirse en competencias exclusivas de la UE debido a la necesidad de preservar la unidad de la acción exterior comunitaria.

Las razones que explicarían la atribución competencial a la UE en lugar de mantenerla en los Estados son cuatro:

1. La exclusividad es inherente a la naturaleza de la actividad sobre la que se proyectan las prerrogativas de la UE y es un fundamento que comparten las competencias internas y externas. Los otros tres fundamentos son característicos de las competencias externas.
2. Encontramos el denominado *efecto AETR* y se fija en el ámbito regulado por las medidas internas adoptadas por la UE. Se entiende así que se trata de competencias exclusivas sobrevenidas.

3. Una competencia externa implícita puede tener carácter exclusivo en las hipótesis en que la competencia interna sólo se puede ejercer efectivamente de forma simultánea al ejercicio de la competencia externa (como alude el *efecto dictamen 1/76*).
4. Caso de que un acto de derecho derivado reservara expresamente la celebración de acuerdos internacionales a la UE.

La competencia externa se deriva de la existencia de una competencia explícita a nivel interno⁴⁰. Por tanto, habida cuenta de que los Tratados otorgan a la Unión competencias explícitas en un ámbito concreto (por ejemplo, transporte), esta última debe tener competencias análogas para celebrar en ese mismo ámbito acuerdos con terceros países (principio del paralelismo entre las competencias internas y externas).

2.- INFLUENCIA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN EL DIPr

Contamos dentro de la UE con varias instituciones, de las cuales las relevantes en lo relativo a la capacidad legislativa son:

El Consejo de la Unión: tiene el poder general de decisión en materia legislativa y presupuestaria.

El Parlamento Europeo: tiene el control político o democrático, capacidad legislativa o de decisión, y poderes presupuestarios.

La Comisión Europea: su carácter independiente es primordial para que no sea una instrumento maleable por los intereses concretos de los países miembros. Tiene la iniciativa normativa, el poder de control del cumplimiento de las normas, competencia normativa o de ejecución de los presupuestos, y representación exterior de la UE por lo que es el motor del proceso de integración⁴¹.

⁴⁰ ELVIRA BENAYAS, M.-J. “Las competencias externas de la Unión Europea y el Derecho Internacional privado tras el dictamen del TJUE sobre el Convenio de Lugano”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* número 16/2008.

1. ⁴¹ Para más detalle sobre las distintas instituciones de la UE, véase COSTA, O., y BRACK, N., *Le*

2.1.- Tipos de normas de la UE

La europeización del DIPr se lleva a cabo por la UE desde varios tipos de actos legislativos. Resulta necesario aclarar que algunos de estos actos legislativos son vinculantes y otros no. De este modo, al analizar los diferentes tipos de normas emanadas de la UE, descubrimos que parte se aplican a todos los países miembros y otras sin embargo, sólo a una parte de los mismos.

- ✓ Los Reglamentos: son definidos como un acto legislativo vinculante. Este debe aplicarse completamente en todos los países de la UE.
- ✓ Directivas: en ellas se establece un objetivo que todos los países de la UE deben cumplir. Pero se ofrece libertad para que cada país pueda decidir individualmente cómo hacerlo.
- ✓ Decisiones: son un acto legislativo vinculante para aquellos a quienes se dirige, ya sea un país de la UE o una empresa concretos. En este caso, será directamente aplicable.
- ✓ Recomendaciones: no son vinculantes. Permite a las instituciones dar a conocer sus puntos de vista y sugerir una línea de actuación sin imponer obligaciones legales a quienes se dirige.
- ✓ Dictámenes: son un instrumento que permite a las instituciones hacer una declaración de manera no vinculante, es decir, sin imponer obligaciones legales a quienes se dirige. Pueden emitirlo las principales instituciones de la UE (Comisión, Consejo y Parlamento), el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social Europeo. Mientras se elabora la legislación, los Comités emiten dictámenes desde su propio punto de vista, regional o económico y

fonctionnement de l'Union Européenne, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2011, pp. 51 a 115. Arts. 16 y 17 del TUE, 237 a 250 del TFUE.

social. Por ejemplo, el Comité de las Regiones emitió un dictamen sobre la manera en que las regiones contribuirían a los objetivos de energía de la UE⁴².

2.2.- Materias en las que se otorga libertad de regulación a los Estados.

Nos encontramos con una serie de materias en las cuales se otorga a los Estados miembros de la UE libertad de regulación. Estas materias corresponden a los siguientes sectores jurídicos:

- Derecho de la nacionalidad: se encarga de regular las situaciones jurídicas “internacionales”, que no “privadas”, relaciones jurídicas entre el Estado y el particular. Este derecho es Derecho Público, y es muy relevante puesto que la nacionalidad de la persona física es un punto de conexión empleado con frecuencia para determinar la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales en el sector del Derecho de familia.
- Derecho de Extranjería: regula las relaciones jurídicas entre los particulares y un Estado que opera con todo su poder de *imperium* (poder público). Este derecho pertenece al ámbito del Derecho administrativo.
- Derecho público en materia internacional: se trata del conjunto de sectores del Derecho Público de cada estado miembro que se ocupan de casos internacionales como el Derecho penal internacional, Derecho fiscal internacional, Derecho administrativo internacional. Situaciones en las que interviene un sujeto con su poder público, privilegiado y superior que dispone de poderes jurídicos exorbitantes. Serán internacionales si tienen elementos internacionales pero en ningún caso serán privados.
- La cooperación internacional entre autoridades: se trata del conjunto de técnicas y normas jurídicas que regulan las relaciones entre órganos públicos de distintos países encargados de aplicar diversos mecanismos que facilitan las

⁴² CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, pp. 45- 51.

situaciones privadas internacionales. Las autoridades de los distintos Estados colaboran para potenciar la obtención de alimentos, la restitución de menores trasladados a otros países de manera ilícita, el ejercicio del derecho de visita a los menores. Todo este tipo de materias son regulados por cada uno de los Estados miembros.

3.- LA UE Y LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

3.1.- La evolución de la UE hacia su integración en la Conferencia de la Haya.

El primer proyecto europeo remonta al 9 de marzo de 1953 con el Tratado de Roma, y es indudablemente el acto creador del camino europeo, combinando lo que era conocido con lo innovador: lo conocido era la libre circulación de mercaderías y de personas, y una política aduanera común; lo nuevo por otro lado, fue calco de las políticas de EEUU: se “creó” la persona jurídica de Derecho internacional, un orden jurídico, que se desarrollará a medida que pasa el tiempo a través de Directivas, una organización distinta de la de los Estados miembros con un Parlamento, un poder legislativo, de toma de decisiones y jurisdiccional propios y una coherencia en su conjunto⁴³.

En 2005, presenciamos cómo se perdió la oportunidad de dar un contenido político a la UE cuando se rechazó la implantación de una Constitución Europea⁴⁴. Se destacaron muchas ideas positivas de esta Constitución, como puede ser que se propusiera la integración de una carta de Derechos fundamentales en la conducta de políticas comunitarias o el aumento de las prerrogativas del Parlamento europeo. Pero seguía siendo un proyecto quizás demasiado federalista. Se llegó así a preferir una

2. ⁴³ Para más información acerca de la evolución de la Comunidad Europea, y posteriormente la Unión Europea, sobre todo en materia mercantil, véase GALVADA, C., y PARLEANI, G., *Droit des affaires de l'Union Européenne*, sexta edición, 2010, Lexis Nexis, pp. 1 a 22.

3. ⁴⁴ Véase <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:es:HTML> para acceder al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

reestructuración de los tratados ya existentes⁴⁵ y a renunciar a la idea de una constitución llegando al Tratado de Lisboa.

Un acontecimiento anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa pero que a nivel internacional cambió el rumbo del Derecho institucional europeo fue la adhesión de la UE a la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado el 3 de abril de 2007.

3.2.- La conferencia de La Haya, de manera general.

Esta Conferencia es una organización intergubernamental con su propia personalidad jurídica bajo el Derecho internacional público, con un estatuto propio que la rige y cuyo principal objetivo es el de *trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado*⁴⁶.

Ha ido creciendo en tamaño, pasando de ser una agrupación de ocho Estados participantes a cuarenta y siete en 1994, y hasta sesenta y cinco en 2007, pero su estatuto permaneció estático. A medida que la integración europea iba avanzando, se consideró necesario pensar en un cambio.

Consideramos oportuno citar aquí el considerando número 3 de la Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006 sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a modo de introducción:

*“Es esencial conceder a la Comunidad un estatuto que corresponda a su nuevo papel de principal agente internacional en el campo de la cooperación judicial civil y que aquella pueda ejercer su competencia externa participando como miembro de pleno derecho en las negociaciones de convenios entabladas por la Conferencia de La Haya en áreas de su competencia”.*⁴⁷

4. ⁴⁵ Hago referencia al Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que pasa a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

⁴⁶ Art. 1 Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

5. ⁴⁷ Véase para el texto completo de la Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006 sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado <http://eur->

3.3.- La participación de los Estados parte en la Conferencia de La Haya y las Organizaciones Regionales de Integración Económica (ORIE).

Para todos los Estados participantes, las materias tratadas en esta Conferencia eran objeto de cooperación intergubernamental, es decir, cada miembro de esta organización podía actuar de manera independiente. Pero con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999, la situación para con los Estados miembros de la UE cambió, pues se permitió la participación de la organización europea en la creación de normativa de DIPr. Aunque no existan normas explícitas sobre las competencias externas de la UE en los Tratados, siguiendo la doctrina jurisprudencial del TJUE, la existencia de competencia interna conlleva implícitamente una competencia externa.

Antes de la adhesión de la UE a la Conferencia de La Haya, ciertos puntos para los que no estábamos preparados debieron ser resueltos⁴⁸, puntos que giran, principalmente, en torno al nuevo art. 3 del Estatuto de la Conferencia de La Haya que habilita a las ORIE a ser miembros de la Conferencia de La Haya.

El término ORIE no agradó a todos. Unos lo consideraron demasiado amplio, otros demasiado restrictivo⁴⁹. Los adjetivos regional y económica sólo describen los requisitos mínimos que la organización debe cumplir. Hay que entender que no se limita a las organizaciones a las que los miembros de éstas hayan transferido sus competencias, sino que las ORIE están ahora en la posición de tomar decisiones que vincularán a todos sus miembros. Se incluye en el art. 3 párrafo 9 la definición que otorga a las ORIE:

Por "Organización Regional de Integración Económica" se entenderá una Organización internacional constituida únicamente por Estados soberanos, que tenga competencias transferidas por sus Estados miembros en un conjunto de

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D0719:ES:NOT

6. ⁴⁸ Véase el texto revisado del Estatuto de la Conferencia de la Haya http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=29

⁴⁹ SCHULZ, A., "The accession of the European community to the Hague Conference on private international law", International & Comparative Law Quarterly, vol. 56, octubre de 2007, p. 943.

materias, incluida la facultad de adoptar decisiones que obliguen a sus Estados miembros respecto de dichas materias.

En cuanto a la distribución de competencias entre las ORIE y los miembros de éstas, se exige que, en el momento de la solicitud de admisión, la ORIE precise qué materias le han transferido sus Estados miembros, y en caso de modificación, que se notifique debidamente. Respecto de las competencias de las que no se mencionen específicamente su transferencia, se entenderá que seguirán perteneciendo a los Estados miembros. Y, por último, en caso de que hubiera alguna duda con respecto al ejercicio de determinada competencia, se deberá hacer lo posible por proporcionar la información necesaria por parte de la ORIE y sus Estados miembros⁵⁰.

En lo relativo al ejercicio de los derechos de participación, acudimos al texto estatutario donde se establece que:

“La Organización miembro ejercerá los derechos inherentes a su condición de Miembro en alternancia con sus Estados miembros que sean Miembros de la Conferencia, en el ámbito de sus competencias respectivas⁵¹”.

Se propuso que la UE y los Estados miembros de la misma participaran en reuniones alternándose; ello resulta coherente en aquellas materias en las que se trata de competencias exclusivas, pero no en caso de que las materias sobre las que se debate sean de competencias compartidas o complementarias.

Por experiencias anteriores en las que participaban ambos y por cuestiones prácticas, y sobre todo, para una mejor coordinación y capacidad de formar decisiones a partir de la información necesaria, se espera que esta disposición sea interpretada con cierta flexibilidad.

Quedando así suficientemente claro el marco en el que se debe desarrollar la participación de la UE en las negociaciones de la Conferencia de La Haya, queda aún una aclaración pendiente: en el apartado 6 del anexo II, se menciona la posibilidad de

7. ⁵⁰ Apartados 3 a 6 del nuevo artículo 3 del Estatuto de la Conferencia de La Haya.

⁵¹ Apartado 7 del art. 3 del Estatuto de la Conferencia de La Haya.

solicitar información relativa a la competencia existente de la ORIE y sus Estados miembros. ¿A quién dirigimos la pregunta? ¿a ambos? ¿a cualquiera de los dos? Se permite formular la pregunta a ambos y se establece que es materia de Derecho institucional europeo decidir cuál de los dos dará contenido a la respuesta.

3.4.- La adhesión a la Conferencia de La Haya de la UE y su competencia externa.

En concreto, para la UE, el Parlamento Europeo, finalmente, emitió su dictamen favorable a la adhesión de la Comunidad el 7 de septiembre de 2006, dando lugar a la Decisión del Consejo 2006/719/CE, de 5 de octubre de 2006.

El artículo único de la Decisión deja de manifiesto su aceptación a adherirse a la Conferencia de La Haya, siguiendo las exigencias del art. 2, apartado 3 del Estatuto de la Conferencia de La Haya para así hacer efectiva su admisión.

En el anexo 2 de este mismo texto, se especifica en qué materias los Estados miembros han transferido las competencias a la UE, dejando por tanto claro que no son competencias originarias de la UE.

Se establece una diferencia entre las competencias internas, mediante las cuales podrá adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con implicaciones transfronterizas en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior; las que no sean exclusivas, que se regirán por el principio de subsidiariedad, y las competencias en *otros ámbitos que pueden estar sujetos a convenios de la Conferencia de la Haya, como el mercado interior o la protección del consumidor*⁵².

Por último, en relación a las competencias externas de la UE, el TJUE limitó el concepto en la siguiente afirmación: *ésta puede celebrar acuerdos internacionales siempre que se haya utilizado la competencia interna para adoptar medidas de aplicación de políticas comunes o si el acuerdo internacional es necesario para lograr*

⁵² Apartados 3 a 6 del art. 3 del Estatuto de la Conferencia de La Haya.

*uno de los objetivos de la Comunidad*⁵³. La UE tiene la competencia externa exclusiva en las materias en las que todos aquellos tratados internacionales puedan alterar el alcance de la legislación comunitaria. Será, así, la UE quien celebre acuerdos exteriores con terceros países u organizaciones internacionales. Puede dar lugar por tanto a situaciones en las que sólo una parte del acuerdo internacional sea materia de competencia comunitaria exclusiva.

La Comunidad Europea se incorporó como miembro de la HCCH desde el 3 de abril de 2007.

3.5.- Conclusión.

Con su adhesión a la Conferencia, se pone fin al periodo de transición que perduraba desde 1999, consolidándose la competencia externa de la UE en materia de DIPr, pasando de ser un mero observador a una parte activa en las negociaciones internacionales.

4.- BIBLIOGRAFÍA

MATERIALES LEGISLATIVOS:

- Estatuto de la Conferencia de la Haya, en <http://www.hcch.net>
- Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006 sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, <http://eur-lex.europa.eu>
- Informe de la Comisión «Legislar mejor, 2003», *de conformidad con el artículo 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (11º informe) / * COM/2003/0770 final, pp. 3.3*

⁵³ Asunto AETR

SITIO WEB:

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/116016_es.htm.

DOCTRINA:

BORRÁS RODRÍGUEZ, A. "La proyección externa de la comunitarización del Derecho Internacional Privado". *La Ley*, número 5611, 13 septiembre 2002.

CALVO CARAVACA, A.L., "El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea", *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, Vol. 21, 2003, en <http://revistas.um.es/analesdelderecho>

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Manual de Derecho Internacional Privado*, pp. 45-51.

DURÁN AYAGO, A., "Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, enero 2013, en <http://www.iustel.com>

ELVIRA BENAYAS, MJ. "Las competencias externas de la Unión Europea y el Derecho Internacional privado tras el dictamen del TJUE sobre el Convenio de Lugano". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 16/2008

GALVADA, C. y PARLEANI, G., *Droit des affaires de l'Union Européenne*, Lexis Nexis, 6ª edic., 2010.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., "El derecho comunitario como fuente del derecho internacional privado", *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 12, 1994.

MANGAS MARTÍN, A., "La distribución de competencias en la unión europea y el principio de subsidiariedad", en <http://idpbarcelona.ub.edu>

COSTA, O. y BRACK, N., *Le fonctionnement de l'Union Européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2011.

SCHULZ, A., "The accession of the european community to the Hague Conference on private international law", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, 2007.

PARTE III

ALGUNAS MATERIAS YA EUROPEIZADAS

PARTICIPANTES:

Rebeca Carrión Navarro (realiza la exposición oral), Lucía Sutil Berjón, Noemí Torollo Sánchez (realiza la exposición oral).

SUMARIO:

1.- ALGUNOS INSTRUMENTOS EUROPEOS EN MATERIA DE DIPr. 1.1.- Reglamento (CE) nº 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 1393/2007). 1.2.- Reglamento (CE) nº 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (Reglamento 1346/2000). 1.3.- Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001). 1.4.- Reglamento (CE) nº 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (Reglamento 1206/2001). 1.5.- Reglamento (CE) nº 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (Reglamento 2201/2003). 1.6.- Reglamento

(CE) nº 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias (Reglamento 4/2009). 1.7.- Reglamento (UE) nº 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento 1259/2010). 1.8.- Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento 650/2012). 2.- LA IMPORTANCIA DE LA RED JUDICIAL EUROPEA EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL. 3.- CONCLUSIONES. 4.- BIBLIOGRAFÍA

NOTA ACLARATORIA: Las alumnas encargadas de la elaboración de esta parte del Seminario han optado por comentar una selección de la normativa europea vigente actualmente en materia de Derecho Internacional Privado, pero evidentemente, sin ánimo de exhaustividad, puesto que son varios los instrumentos institucionales que no se citan en este apartado.

DESARROLLO:

1.- ALGUNOS INSTRUMENTOS EUROPEOS EN MATERIA DE DIPr

1.1.- Reglamento (CE) nº 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 1393/2007)⁵⁴.

El Reglamento 1393/2007 pretende mejorar y facilitar la transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles y mercantiles entre los Estados miembros. El Reglamento se aplica entre todos los Estados miembros de la UE

⁵⁴ DOUE, núm. 324 de 10 de diciembre de 2007, páginas 79 a 120. Referencia: DOUE-L-2007-82261.

incluida Dinamarca que, a través de una [declaración](#) basada en un acuerdo paralelo con la Comunidad Europea, confirmó su propósito de aplicar el contenido del Reglamento.

El nuevo Reglamento sustituye al Reglamento 1348/2000 introduciendo pocas novedades respecto del texto anterior. Las principales novedades son la precisión de su ámbito (art.1), la negativa a aceptar un documento por desconocimiento del idioma (art. 8 y Anexo II) y la notificación por correo (art. 14). Su antecedente, aun generando resultados satisfactorios, era mejorable y por ello el nuevo Reglamento modifica ciertos artículos sin suponer una reforma profunda del anterior.

Una novedad significativa es que se flexibiliza la solución para los casos en los que ha pasado un mes desde la recepción del documento y el organismo receptor no ha podido realizar la notificación o el traslado al destinatario. En estos supuestos, el organismo receptor debe informar al organismo transmisor. El transcurso de dicho plazo no implica que la solicitud deba devolverse y, a menos de que el organismo transmisor indique otra cosa, se continuarán realizando todas las diligencias necesarias para efectuar el traslado o la notificación cuando parezca posible realizarlas en un plazo razonable (art. 7.2 b)).

El Reglamento pone especial énfasis en el problema de la lengua en la que se realiza la notificación o el traslado (art. 8). A través del formulario normalizado que figura en el Anexo II, el organismo receptor informará al destinatario de que puede negarse a aceptar el documento o devolverlo en el plazo de una semana, si no está redactado o no va acompañado de una traducción a una lengua que el destinatario conozca o a la lengua oficial del Estado requerido o a otra lengua que sea oficial en el lugar donde deba efectuarse la notificación o el traslado.

Resulta importante la reforma introducida referente a la notificación o traslado por correo. A este efecto es de destacar dos notas:

- Cada Estado tendrá la facultad de efectuar la notificación o traslado de documentos judiciales directamente por correo a las personas que residan en otro Estado miembro -esta facultad ya era admitida por el Reglamento (CE) 1348/2000-, pero deberá ser, y aquí radica la novedad, mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente.

- Se ha suprimido el párrafo 2º del art. 14, tal como aparece en el Reglamento 1348/2000, y por el que cualquier Estado miembro podía especificar las condiciones en las que aceptaría la notificación o el traslado por correo de documentos judiciales. Con el nuevo Reglamento esta posibilidad ha desaparecido para los Estados⁵⁵.

1.2.- Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (Reglamento 1346/2000)⁵⁶.

El Reglamento 1346/2000 establece normas comunes en cuanto al tribunal competente para incoar el procedimiento de insolvencia, al Derecho aplicable y al reconocimiento de las resoluciones en caso de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia, destinadas a evitar que el deudor desplace sus haberes o el procedimiento judicial de un país a otro con el fin de mejorar su situación desde el punto de vista jurídico en perjuicio de los acreedores (*forum shopping* o foro de conveniencia).

La finalidad de este Reglamento es la modernización del régimen de insolvencias para promover la recuperación económica de Europa, mejorar el empleo, el crecimiento sostenible, el mercado único y aumentar la tasa de inversión.⁵⁷

El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 establece nuevas disposiciones sobre cooperación judicial civil. Sobre esta base se adoptó el presente Reglamento sobre procedimientos de insolvencia.

⁵⁵ IRIARTE ÁNGEL, J.L. “Novedades en cuanto a la notificación y al traslado de documentos en la U. E.: el Reglamento (CE) 1393/2007 sustituirá al reglamento (CE) 1348/2000”. *Legaltoday.com*. Navarra. 17 de enero de 2008, en http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/comercio_internacional/novedades-en-cuanto-a-la-notificacin-y-al-traslado-de-documentos-en-la-u-e-el-reglamento-ce-13932007-sustituir-al-reglamento-ce-13482000 (consultado el 17/04/13).

⁵⁶ DOUE - L-2000-81111, de 30 de junio de 2000.

⁵⁷ En <http://aplanapaluzie.blogspot.com.es/2012/04/el-reglamento-ce-13462000-sobre.html> (consultada el 8-3-2013)

El ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1) está constituido por los «*procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico*». Afecta a todos los procedimientos, ya sea el deudor persona física o jurídica, comunitario o no, comerciante o particular. Un «síndico» es una persona o un órgano que administra o liquida los bienes embargados al deudor.

Fuera de ámbito de texto reglamentario quedan los procedimientos concursales relativos a las empresas de seguros y a las entidades de crédito, a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros, o a los organismos de inversión colectiva.⁵⁸

En cuanto al ámbito de aplicación territorial el Reglamento no es aplicable a: Dinamarca; cualquier país de la UE, cuando sea incompatible con obligaciones en materia concursal que procedan de un convenio firmado antes de su entrada en vigor en dicho país y con uno o más terceros países; y Reino Unido, en la medida en que hubiere incompatibilidad con acuerdos celebrados en el marco de la *Commonwealth*.

El Reglamento se aplica a los procedimientos de insolvencia incoados después de su entrada en vigor el 31 de mayo de 2002. Sustituye a los convenios bilaterales y multilaterales existentes entre dos o más países de la UE.

Las soluciones propuestas se basan en el principio de la universalidad del procedimiento con el fin de que los casos de quiebra con implicaciones transfronterizas gocen de procedimientos más uniformes que disuadan a las partes de perjudicar a los acreedores.

En cuanto a la competencia judicial internacional, los órganos jurisdiccionales competentes para incoar el procedimiento principal son los tribunales del país de la UE en cuyo territorio se sitúan los intereses principales del deudor. En el caso de las personas físicas se trata de su domicilio profesional o de su residencia habitual. En el caso de personas jurídicas, se presume *iuris tantum* el territorio donde se sitúa el

⁵⁸ ESPLUGUEZ MOTA, C., *Revista Seqüência*, n° 52, p. 9-34, jul. 2006

domicilio social. Posteriormente, podrán incoarse procedimientos secundarios (Anexo B) en otro país de la UE si el deudor dispone de un establecimiento en su territorio. Los efectos del procedimiento secundario de liquidación se limitan a los bienes del deudor situados en dicho territorio. Para la apertura del procedimiento secundario es posible la solicitud del síndico extranjero del procedimiento principal o la de las personas habilitadas según la ley del territorio del secundario⁵⁹.

El artículo 4 señala que la ley que regulará todos los términos del mismo y las normas materiales será la del país de la UE en cuyo territorio se haya incoado el procedimiento de insolvencia (Estado de apertura). Por lo que se refiere a los bienes inmuebles, las normas aplicables serán exclusivamente las del país de la UE en cuyo territorio esté situado el bien. Del mismo modo, los contratos y las relaciones laborales, así como los derechos y las obligaciones en un sistema de pago o en un mercado financiero, se regularán por la ley del país de la UE que les sea aplicable.

Las resoluciones adoptadas por el tribunal competente del procedimiento principal serán objeto de reconocimiento automático por todos los países de la UE, sin ningún otro trámite, excepto cuando dicho reconocimiento pudiera tener repercusiones contrarias al orden público en tal país o cuando se trate de decisiones que limiten la confidencialidad del correo o la libertad individual.⁶⁰

1.3.- Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001)⁶¹.

El Reglamento 44/2001, con el objetivo de modificar de forma sustancial el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968 que, con idéntico ámbito objetivo, es considerado el primer paso en conseguir ese "espacio de libertad, seguridad y justicia", en el marco de las Comunidades Europeas. Esta norma, de efectos directos y aplicación

⁵⁹ En <http://aplanapaluzie.blogspot.com.es/2012/04/el-reglamento-ce-13462000-sobre.html> (consultada el 8-3-2013).

⁶⁰ http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133110_es.htm (consultada el 8-3-2013).

⁶¹ DOUE –L-2001-80073, de 16 de enero de 2001.

inmediata en los Estados signatarios es una medida más "en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que es necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior". Respecto a su ámbito de aplicación territorial destaca la exclusión de Dinamarca en un principio; no obstante, se extendió la aplicación del Reglamento a este país gracias a un acuerdo firmado entre la CE y Dinamarca de 19 de octubre de 2005 que entró en vigor el 1 de julio de 2007.

El Reglamento 44/2001 se constituye como un instrumento doble porque regula dos grandes sectores de problemas: la competencia judicial internacional cuyas normas tienen carácter distributivo, y la validez extraterritorial de decisiones judiciales entre los Estados miembros. En la actualidad el Reglamento 44/2001 sustituye al Convenio de Bruselas de 1968 en todos los Estados miembros y a todos los convenios bilaterales suscritos hasta entonces entre Estados miembros respecto de aquellas materias cubiertas por el Reglamento. En el caso de España, por ejemplo, el Reglamento 44/2001 ha sustituido a los convenios firmados con Francia en 1969, con Italia en 1973, con Alemania en 1983 y con Austria en 1984. El Reglamento no despliega efectos retroactivos pues solamente se aplica a las acciones ejercitadas después de su entrada en vigor que, con carácter general, fue el 1 de marzo de 2002.

A pesar de que el domicilio del demandado constituye un foro de competencia judicial internacional y además es criterio que con carácter general determina el espacio de aplicación personal/espacial (salvo casos de materias de competencia exclusiva o de sumisión expresa o tácita), el Reglamento 44/2001 aporta el logro de permitir en determinados supuestos demandar ante los Tribunales de un Estado miembro a cualquier persona física o jurídica que tenga su domicilio en un Estado distinto de aquél en el que se interpone la demanda, con independencia de que posea o no la nacionalidad en cualquiera de los Estados miembros de la UE. Esta regla supone un beneficio para el demandante pues la demanda se puede interponer en el lugar con el punto de conexión más cercano y no en el lugar del domicilio del demandado. En este sentido, el artículo 5 del Reglamento prevé un foro facultativo o concurrente ya que permite en materia de compraventa de mercaderías que se pueda demandar a la empresa en el Estado miembro en el que hubieren sido o debieren ser entregadas las mercancías. Igualmente, en materia de delictual o cuasidelictual, el acreedor puede demandar en el Estado donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso.

En materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y de documentos públicos, el Reglamento es aplicable siempre que se trate de una decisión dictada en un Estado miembro y se pretenda reconocer o ejecutar en otro Estado miembro. En este sentido, el Reglamento contempla dos modalidades para otorgar eficacia a las resoluciones: el reconocimiento propiamente dicho que a su vez puede ser automático e incidental o por homologación el cual otorga a las resoluciones extranjeras los efectos de cosa juzgada material, registral y de tipicidad, y el exequátur o declaración de ejecutividad el cual otorga a la resolución extranjera efecto ejecutivo.

El Reglamento no impide la aplicación de convenios multilaterales especiales que regulan reconocimiento y ejecución en materias específicas. Esta compatibilidad y subsidiariedad del Reglamento 44/2001 sólo se mantiene cuando se trate de convenios que estuviesen en vigor cuando comenzó a aplicarse el Reglamento⁶².

Finalmente, hay que tener en cuenta que el Reglamento 44/2001 ha quedado derogado por el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el cual entrará en vigor a partir del 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014.

1.4.- Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (Reglamento 1206/2001)⁶³.

Se elabora este Reglamento con el propósito de facilitar y acelerar la colaboración entre los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en procesos judiciales sobre materias civiles y mercantiles. El Reglamento 1206/2001 entró en vigor

⁶² VERDUGO GARCÍA, J., “La entrada en vigor del Reglamento Comunitario 44/2001”, artículo doctrinal, marzo de 2002, *Noticias Jurídicas*, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/200203-5558121025590.html> (consultado el 15-3-2013).

⁶³ DOUE-L-2001-81590, de 27 de junio de 2001

el 1 de julio de 2001 para los Estados miembros de la UE con excepción de Dinamarca, pero no comenzó a aplicarse hasta el 1 de enero de 2004.

Este Reglamento será aplicable en materia civil y mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicite la obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro o la recogida de pruebas en otro Estado miembro con el fin de utilizarlas para un procedimiento judicial ya iniciado o previsto.

Esta colaboración supone que el tribunal del Estado requirente, ante el que se halle iniciado o se pretenda iniciar la causa, remitirá la solicitud de la práctica de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional del Estado requerido, aquel que debe recoger las pruebas. Con vistas a esto, cada Estado nombrará a una autoridad central que desarrollará las funciones de facilitar la información entre los órganos jurisdiccionales de los Estados así como buscar soluciones a los problemas que de una solicitud se puedan derivar o, también, trasladar a instancia del Estado requirente la solicitud al Estado requerido, lo cual, se realizará de forma excepcional ya que la regla general es que el órgano jurisdiccional requirente realice directamente la obtención de pruebas.

La solicitud deberá redactarse en los formularios que recoge el propio Reglamento y ha de cumplir con una serie de requisitos tales como indicar los datos relativos a las partes, a la causa judicial y a las pruebas a obtener y, además, ha de redactarse en la lengua oficial del órgano jurisdiccional del Estado requerido o en otra lengua aceptada por el mismo.

Una vez admitida la solicitud, el Estado requerido la ejecutará aplicando su Derecho nacional, en el caso de España se realizará de acuerdo con los artículos 277 y 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en el menor tiempo posible estableciéndose como límite máximo los 90 días siguientes. Ahora bien, cabe que dicha solicitud sea denegada por diversos motivos que se recogen en el Reglamento: si la solicitud no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1); si la solicitud no entra dentro del ámbito de las competencias judiciales; si la solicitud no contiene todos los datos necesarios o si no se hubiese provisto de fondos o gastos adelantados para la labor de un perito (art. 8); o, por último, si la persona llamada a declarar alega el

derecho a negarse a declarar o a la prohibición de declarar (art. 14). Denegada la solicitud, se informará al Estado requirente en el plazo de 60 días desde la recepción de la solicitud.

En definitiva, el Reglamento 1206/2001 ha supuesto un gran avance en la cooperación y asistencia judicial internacional dentro de los procedimientos judiciales en materia civil y mercantil, en concreto, en la obtención de pruebas, dado que el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero sólo estaba vigente para once de los Estados miembros de la UE. Este gran avance supuso para el Reglamento 1206/2001 perseguir una serie de objetivos fundamentales: en primer lugar, la eficacia en la obtención de pruebas en el territorio de un Estado miembro distinto al del juez que conoce del asunto a través del apoyo y confianza mutua entre los Estados miembros, la cual, supone excluir la llamada excepción de orden público y establecer, al mismo tiempo, motivos muy tasados de denegación; y, en segundo lugar, la simplificación y agilidad de los procedimientos para lo que se establecieron plazos muy exigentes en cuanto al desarrollo de las actuaciones, en este sentido, se expresan los Considerandos nº 8, 9 y 11 del propio Reglamento⁶⁴.

1.5.- Reglamento (CE) nº 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (Reglamento 2201/2003)⁶⁵.

El Reglamento 2201/2003 nace como consecuencia de la propuesta legislativa de la Comisión Europea en 2001 (sustituida en mayo de 2002 por una nueva Propuesta) que complementaba el Reglamento 1347/2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. El texto finalmente aprobado como Reglamento 2201/2003, respetando básicamente la Propuesta de 2002, ha introducido

⁶⁴http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133130_es.htm (consultado el 5-3-2013).

⁶⁵ DOUE-L-2013-80544núm. 82 de 22 de marzo de 2013, páginas 63 a 63.

algunas modificaciones como consecuencia de los acuerdos alcanzados por los Estados miembros en diversos Consejos europeos.

Este texto comenzó a ser aplicable a partir del 1 de marzo de 2005, a excepción de los artículos 67-70, que se aplicaron a partir del 1 de agosto de 2004 (art. 72).

Resulta aplicable en todos los Estados miembros de la UE a excepción de Dinamarca.

Frente a la materia matrimonial, cuya regulación reproduce prácticamente la que ya contuviera el Reglamento 1347/2000, la responsabilidad parental es la verdadera protagonista del nuevo Reglamento⁶⁶.

Entre las críticas que suscitaba su antecedente, el Reglamento 1347/2000, era el aumento de las normas de DIPr de los ordenamientos de los Estados parte dada la indefinición de su ámbito de aplicación.

Igualmente, otro de los problemas del Reglamento 1347/2000 era que sólo regulaba la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros en materia de disolución del vínculo matrimonial y de responsabilidad parental de los hijos comunes afectados por la disolución (sin derogar totalmente las normas de producción interna), así como los efectos de las decisiones en el territorio de la UE (excepto Dinamarca) que sobre dicha materia se dicten.

Ello se traducía tanto en la obligación de nuestros tribunales de aplicar una multitud de normas, pertenecientes a distintos cuerpos jurídicos, con diferente naturaleza y alcance, sólo para determinar si verdaderamente son competentes para conocer de la demanda; como en la discriminación entre los hijos: sólo los hijos comunes del matrimonio en crisis se benefician de los criterios de competencia

⁶⁶ CARO GÁNDARA, R. “Nuevos desafíos comunitarios en materia matrimonial y de responsabilidad parental en las relaciones jurídicas transfronterizas (Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de familia y sustracción internacional de menores a la luz del Reglamento 2201/2003)”, *Estudios jurídicos*, ISSN-e 1888-7740, N°. 2004, 2004. Pp. 4695-4731.

establecidos en el Reglamento y de la simplificación del régimen de reconocimiento y ejecución de decisión obtenida⁶⁷.

Ante ello, el nuevo Reglamento viene a poner fin a la problemática dada mediante:

- La nueva determinación del ámbito de aplicación de las disposiciones reglamentarias.
- Y el establecimiento de un sistema de cooperación de autoridades en el marco comunitario⁶⁸.

Otra de las novedades que introduce el Reglamento 2201/2003 es la regulación del supuesto de sustracción internacional de menores.

En relación a la regulación contenida en la sustracción de menores, únicamente el artículo se refiere a la acción directa de restitución, limitándose a establecer algunas especialidades respecto de la regulación contenida en el Convenio de La Haya. El Reglamento complementa o completa el texto convencional. Las medidas que introduce el Reglamento pueden solventar o corregir algunas de las deficiencias que presentaba la aplicación práctica del texto convencional. La protección del interés del menor subyace a la regulación comunitaria y fundamenta tanto el carácter urgente del procedimiento como la necesidad de oír al menor.

El Reglamento consagra dos instrumentos para luchar frente a situación de sustracción internacional de menores, los dos que más eficaces han resultado: la acción

⁶⁷ CANO BAZAGA, E., “El Derecho de familia comunitarizado: la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental”. *Anuario de Derecho Europeo*, ISSN 1579-1750, Nº. 2, 2002, págs. 67-89.

⁶⁸ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M., “La protección de menores en la Unión Europea: el nuevo Reglamento comunitario 2001/2003, de 27 de noviembre de 2003”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 11, 2006, en <http://www.reei.org>

directa de restitución del menor y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales relativas al derecho de custodia y/o visita⁶⁹.

1.6.- Reglamento (CE) nº 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias (Reglamento 4/2009)⁷⁰.

El Reglamento 4/2009⁷¹, se trata del primer instrumento del DIPr que da una respuesta a la compleja regulación de esta institución.

En el año 2004 la idea de la supresión de las medidas intermedias, que hasta ese momento se requerían para permitir el reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a pensiones de alimentos entre Estado miembros, se forjó en el *Programa de La Haya* que fijó unos criterios y objetivos a alcanzar en este sentido y que se plasmaron en un Plan de Acción común con acciones concretas entre las que se encontraba *las propuestas relativas a las obligaciones de alimentos* con el fin de que los acreedores de alimentos pudieran obtener de manera más ágil un título ejecutivo susceptible de circular sin obstáculos por el espacio judicial europeo. Un año después de la publicación en el DOUE del Reglamento 4/2009 (10-1-2009), el Parlamento Europeo dio a conocer la aprobación de la normativa sobre reconocimiento automático de sentencias dictadas en cualquier Estado miembro sobre pensiones alimenticias para los hijos o, en su caso, las pensiones compensatorias para el cónyuge en caso de separación o divorcio. Posteriormente, el 21 de octubre de 2010, se publicó el DOUE la ratificación del Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 2007 por parte de la UE. El último paso para poner en marcha el Reglamento 4/2009 con el que regular

⁶⁹ SABIDO RODRÍGUEZ, M., "La sustracción de menores en derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/2003", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, vol. XXII, 2004, pp. 307-320.

⁷⁰ DOUE- L-2013-80016, de 12 de enero de 2013.

⁷¹ El Reglamento (CE) nº 4/2009 es denominado por parte de la doctrina Reglamento "Bruselas III" o "Bruselas 2'5", debido a su relación con el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo (Bruselas I), al que sustituye y, a la vez, toma como modelo en sus mecanismos de reconocimiento y declaración de ejecutividad.

de manera uniforme y definitiva las obligaciones de alimentos en el espacio europeo, atendiendo al tenor de su art. 15, fue la propuesta de decisión del Consejo sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, publicada el 16 de diciembre de 2010 en el DOUE⁷².

El Reglamento 4/2009 recoge normas uniformes para todos los Estados miembros de la UE en los siguientes ámbitos normativos:

- Ámbito material (art. 1): el Reglamento se aplica a todos los ámbitos señalados en su título respecto de las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, parentesco, matrimonio o afinidad. Se incluye la reclamación de entidad pública acreedora.

- Ámbito espacial/personal (art. 1.2º y considerando nº 15):

- Las disposiciones relativas a competencia judicial internacional son aplicables siempre que en virtud de las mismas resulte competente un órgano jurisdiccional de un Estado miembro.
- Las Disposiciones sobre reconocimiento y ejecución son aplicables siempre que el Estado de origen y el requerido sean Estados miembros, incluidos Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. No obstante se prevé respecto de estos Estados un régimen diferenciado de reconocimiento.
- En las disposiciones sobre ley aplicable, no hay que determinar el ámbito de aplicación pues el art. 15 Reglamento 4/2009 remite al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento (art. 15). En este sentido, como norma general se aplica la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor pero si esa ley no concede alimentos, será aplicable la ley del foro o la de la nacionalidad común que los conceda.

⁷² SALES PALLARÉS, L., *La protección internacional de la familia desde las obligaciones de alimentos*, Documento de Trabajo 2010/17, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Cuenca, 2010, en <http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo> ((consultado 15-2-2013).

- Ámbito temporal (arts. 75/76): En competencia judicial internacional/ derecho aplicable/ cooperación: las disposiciones del Reglamento solo se aplicarán a los procedimientos incoados, a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados como tales con posterioridad a su fecha de aplicación (art. 76: con carácter general, 18 de junio de 2011), siempre y cuando el *Protocolo de La Haya de 2007* «sea aplicable en la Comunidad en esa fecha» (art. 76. 3º). En reconocimiento: rige el principio de irretroactividad, a sentencias posteriores a la fecha de aplicación del Reglamento 4/2009. No obstante, las secc. 2 y 3 del cap. IV se aplicarán a (art. 75.2):

A) las resoluciones dictadas antes de fecha de aplicabilidad, pero con solicitud de reconocimiento posterior a dicha fecha.

B) resoluciones dictadas después de fecha de aplicabilidad en procedimientos iniciados antes, siempre que las mismas entren en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001.⁷³

Es importante destacar que el TJUE mantiene un criterio amplio sobre el concepto de alimentos, entendiendo por tal cualquier prestación periódica o incluso única que haya sido fijada obedeciendo al hecho de que entre los litigantes exista un desnivel económico que trata de equilibrarse. Por tanto, además de los alimentos en sentido estricto, también podrán incluirse dentro del sistema que establece el Reglamento las pensiones compensatorias⁷⁴.

En relación a los convenios bilaterales firmados por España destacan los convenios de reconocimiento de resoluciones en materia de alimentos firmados con Alemania, Austria, Italia, Francia, Suiza, Brasil, Bulgaria, Checoslovaquia, China,

⁷³ ESPINELLA MENÉNDEZ, A., RODRÍGUEZ MATEOS, P. y JIMÉNEZ BLANCO, M.P., *Esquema de la normativa internacional y europea de alimentos*, Open Course Ware, Universidad de Oviedo en http://ocw.uniovi.es/file.php/52/Esquema_de_la_normativa_internacional_y_europea_de_alimentos.pdf (consultado el 15-2-2013).

⁷⁴ PÉREZ MARTÍN, A.J., *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, Ed. Lex Nova, 2ª edición, 2009, págs. 1155 y ss.

Colombia, Israel, Marruecos y Rumanía, además del Convenio entre España y Uruguay de 1987 que regula también el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos referido exclusivamente a acreedores menores de edad. Hay que tener en cuenta que el art. 69 Reglamento 44/2001 señala que los convenios bilaterales suscritos entre Estados miembros quedan sustituidos por dicho reglamento o por el Convenio de Lugano de 2007 en el caso de Suiza. Así pues, de los indicados anteriormente sólo se aplican en la actualidad los suscritos con Brasil, China, Colombia, Israel y Marruecos⁷⁵.

1.7.- Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento 1259/2010)⁷⁶.

Para hacer efectivo el principio de libre circulación y establecimiento promovido por la UE se trabaja en el desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia europea a través de normas uniformes que se apliquen a todos los Estados miembros y que garanticen que las personas puedan cambiar libremente de residencia de un Estado miembro a otro accediendo a la justicia, a la sanidad, educación, trabajo, etc. en el país de acogida en las mismas condiciones que lo harían sus nacionales.

Dentro de este espacio, son cada vez más frecuentes el número de familias transfronterizas y ligado a ello ha aumentado el número de divorcios y rupturas de parejas internacionales y, con ello, las medidas que deben adoptarse tras los mismos. La existencia de una gran diversidad y complejidad de normas de conflictos nacionales hacen muy difícil a los matrimonios prever qué ley se aplicará en sus procedimientos de separación judicial o divorcio. Es, pues, en este contexto cuando las autoridades europeas deciden elaborar el Reglamento 1259/2010 relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, por virtud del cual, se establecen normas de conflictos uniformes a todos los Estados miembros del mismo

⁷⁵ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *La obligación de alimentos, Tema XXIII UNED*, pág. 12, en <http://www.uned.es/015275/InternPriv/Tema%20XXIII.pdf> (consultado 15-2-2013).

⁷⁶ DOUE-L-343, de 29 de diciembre de 2010

lo que hará irrelevante ante qué tribunales se presente la demanda de divorcio ya que todos aplicarán la misma ley.

El Reglamento 1259/2010 está en vigor para Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia desde el 30 de diciembre de 2010 pero se aplica de forma efectiva y “*erga omnes*” partir del 21 de junio de 2012. Así, en el caso de España, a partir de la dicha fecha quedará inaplicable la norma de conflicto recogida en el artículo 107.2 del Código Civil, el cual, quedará postergado a regular conflictos de leyes interregionales. Por otro lado, este Reglamento no se aplica a la separación de parejas de hecho ni tampoco a la nulidad, la cual, se regulará por las normas de conflictos nacionales, artículo 107.1 del Código Civil que señala que se regulará por la ley aplicable a su celebración.

Uno de los aspectos más importantes que regula el Reglamento y que supuso uno de los motivos de su elaboración fue afrontar el problema denominado “*forum shopping*”, esto es, el problema de que uno de los cónyuges presente su demanda de divorcio antes que el otro y ante los órganos jurisdiccionales de un Estado cuya ley le es más favorable en la consecución de sus intereses perjudicando, en ocasiones, al demandado e incluso a sus propios hijos⁷⁷.

El Reglamento supone, pues, una solución tanto al problema de no saber qué ley aplicar a los procedimientos de divorcio y separación judicial en los distintos Estados como al problema del “*forum shopping*”. Así, el principio general es la aplicación de la ley elegida por las partes según el artículo 5 del mismo, pero este acuerdo entre las partes debe cumplir unos requisitos formales y materiales (artículo 7 del Reglamento) con el objetivo de que las partes conozcan las consecuencias de su elección. El Reglamento recoge este “principio elección informada” de los cónyuges como uno de sus principios fundamentales y así lo manifiestan sus Considerandos 17, 18 y 19. En defecto de elección de los cónyuges, el artículo 8 del Reglamento determina la ley del Estado a la que quedan sujetos los cónyuges. Además, su artículo 9 regula el supuesto

⁷⁷ SUSÍN, E., “El Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, en http://www.icab.cat/files/242-312561-DOCUMENTO/Ponència_Esther_Susín-3.pdf , (consultado el 5-3-2013).

especial de conversión de separación judicial en divorcio regulándose éste por la ley que se haya aplicado a la separación siempre que las partes no hayan pactado cosa distinta.

En definitiva, este Reglamento supone una aportación importante a la creación de un espacio efectivo de justicia en la UE referido al ámbito de las crisis matrimoniales (divorcio y separación judicial) facilitando que la ley que regulará tales procedimientos sea igual en todos los Estados miembros y, como consecuencia, sea una regulación lo más ajustada y vinculada posible a la realidad que supone la proliferación continuada de familias transfronterizas.

1.8.- Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento 650/2012)⁷⁸.

El Reglamento 650/2012 se publicó en el DOUE el 27 de julio de 2012. Entró en vigor 20 días después de su publicación. Sin embargo, conforme al art. 83, y disposiciones transitorias, su aplicación solo será para las sucesiones de personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esta fecha; no obstante, en gran parte sus efectos ya pueden anticiparse por el causante.

Se pretende alcanzar con este Reglamento “un instrumento en materia de sucesiones, que aborde en particular las cuestiones de los conflictos de leyes, la competencia, el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo”⁷⁹.

Novedades que introduce el Reglamento:

⁷⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 60 de 2 de marzo de 2013, páginas 140 a 140. Referencia: DOUE-L-2013-80409.

⁷⁹ Conforme a los Acuerdos del Consejo de Tampere de 15 a 16 de octubre de 1999, los de la Comisión y el Consejo de 30 de noviembre de 2000 y, singularmente, del Consejo Europeo de 5 de noviembre de 2004).

- La novedad que puede parecer más interesante es la creación de un certificado sucesorio europeo (CSE) como certificado uniforme que debe tener fuerza probatoria.⁸⁰
- Destacan las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones.
- La principal novedad del Reglamento es que se abandona el principio de nacionalidad que primaba hasta ahora y se opta por una sola ley aplicable, la del Estado donde el fallecido tenía su residencia habitual en el momento de su muerte, a no ser que hubiera optado previamente y ante notario por la ley de su nacionalidad.
- La sucesión del patrimonio del fallecido será tratada como un todo, con independencia de la localización de los bienes.

Por todo ello:

- La nueva regulación europea clarifica la ley aplicable a nivel civil para herencias transnacionales.
- Eliminará muchas de las formalidades existentes.
- Supondrá una reducción de los trámites de los herederos para hacer valer sus derechos
- Permitirá unos procedimientos más rápidos y menos costosos.

Inconvenientes que genera el Reglamento:

- El Reglamento origina una gran laguna normativa en cuanto no contiene definición alguna de la residencia habitual, por lo que previsiblemente se producirán controversias.
- Otro de los posibles inconvenientes que podrían surgir con la aplicación del Reglamento tendría que ver con el punto de conexión de la última residencia habitual, ya que surge el problema de la variabilidad de la ley aplicable a dicha conexión.

⁸⁰ SERRANO DE NICOLÁS, A., “Aproximación al Reglamento europeo de sucesiones y de creación del certificado sucesorio europeo”, *Iuris*. 1º, septiembre, 2012. Barcelona, pp. 18-22.

- Este Reglamento no modifica cuestiones fiscales. Tales competencias están todavía en manos de los Estados miembros. Los expertos demandan una unión fiscal ⁸¹.

Estos inconvenientes pueden producir las siguientes consecuencias:

- Excesiva ambición en las cuestiones abordadas que puede dañar el equilibrio y la armonía de la regulación en una materia tan compleja afectada por la diversidad jurídica, pues son muy distintas y variables las concepciones que cada ordenamiento tiene de la persona, de la propiedad y de las relaciones familiares. Una diversidad que se pone especialmente de manifiesto en relación con el Reino Unido e Irlanda, Estados que, sin embargo, no participan en la adopción del presente Reglamento, de significativa repercusión para España, dado el importante número de nacionales de estos Estados que residen y son propietarios de bienes en nuestro país.
- Desde otro punto de vista, el Reglamento introduce algunas figuras que, por sí mismas, implican un factor de complejidad, y por tanto de inseguridad, en un ámbito que está especialmente necesitado de previsibilidad. Es el caso de la solución del [artículo 6](#), que permite al tribunal que debería conocer del asunto, abstenerse de dicho conocimiento en determinados supuestos (figura anglosajona del *forum non conveniens*).
- La misma inseguridad provoca la admisión del reenvío en el [artículo 34](#) del Reglamento ⁸².

2.- LA IMPORTANCIA DE LA RED JUDICIAL EUROPEA EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL.

⁸¹ GARCÍA LEÓN, C., “Adiós a las peleas por las herencias en la Unión Europea”, *Revista Expansión*, 06/11/2012, en <http://www.expansion.com/2012/11/06/juridico/1352226489.html> (consultado el 17/04/2013).

⁸² VAQUERO LÓPEZ, C., “El nuevo Reglamento UE sobre sucesiones y el romanticismo español”, *Lex Nova blogs*, 08/08/2012, en <http://civil.blogs.lexnova.es/2012/08/03/el-nuevo-reglamento-ue-sobre-sucesiones-y-el-romanticismo-espanol/> (consultado el 17/04/2013)

Las situaciones que relacionan a personas que no residen en un mismo Estado han ido aumentando (trabajar, realizar negocios, casarse, estudiar, etc.) y ligado a este hecho han aumentado, también, el número de procesos judiciales transfronterizos. Por tanto, debido a que el Derecho Internacional cada vez influye más en nuestras vidas sería de gran utilidad que los ciudadanos europeos tuviesen conocimiento, o al menos pudieran acceder, a los ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros así como del Derecho europeo vigente o de los acuerdos y convenios internacionales realizados entre ellos o con terceros Estados.

El 28 de mayo de 2001 el Consejo de la UE creó a través de la Decisión 2001/470/CE una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil como una de las formas de garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia facilitando la cooperación de los Estados miembros en estas materias y que, además, ayude a los ciudadanos a informarse sobre la regulación de dichas materias en los distintos Estados así como los distintos instrumentos internacionales existentes entre ellos.

Para la consecución de estas funciones la Red Judicial consta de los llamados puntos de conexión que son las autoridades centrales de cada Estado que ejercen la función de intermediarios facilitando la cooperación judicial mediante la tramitación de las solicitudes de cooperación entre los Estados miembros. Las autoridades que conforman los puntos de conexión se reúnen, como mínimo, una vez cada semestre para intercambiar información, analizar los problemas que pudiesen existir y buscar las soluciones más adecuadas. Asimismo, para favorecer la cooperación entre dichas autoridades, el Consejo ha puesto a su disposición un sistema de comunicación electrónica. Además, también componen y ayudan a la labor de la Red Judicial distintas autoridades en el ámbito civil y mercantil cuya función le sea útil a la Red así como asociaciones de profesionales de justicia.

La Decisión por la que se crea la Red Judicial Europea es de obligado cumplimiento para los Estados miembros de la UE con excepción de Dinamarca, aunque sí podrá estar representada en las reuniones de la Red, al igual que terceros países o aquellos que sean candidatos a ingresar quienes podrán enviar un máximo de tres representantes para que observan tales reuniones.

La Red Judicial Europea con el fin de garantizar de la forma más eficaz posible sus funciones estará en contacto con otros organismos similares como la Red Judicial Europea en materia penal; la Red de Centros Europeos de Consumidores o la Red Judicial Europea de Formación Judicial.

Es, por tanto, la Red ante todo una herramienta destinada a propiciar y mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros⁸³.

3.- CONCLUSIONES

Debido al gran auge de relaciones jurídicas transfronterizas, la Unión Europea ha buscado la manera de hacer frente a dichas relaciones y a los procesos judiciales que conllevan; es dentro de este contexto donde ha puesto en marcha un proceso de comunitarización mediante la creación de instrumentos legislativos con los que asegurar un espacio único de libertad, seguridad y justicia de modo que la persona pueda disfrutar, conforme a su estatuto de ciudadano europeo, de su derecho a la libre circulación y establecimiento sin miedo a que la situación jurídica adquirida en un determinado Estado miembro no sea reconocida en otro.

Estos instrumentos con una fuerza y un ámbito de aplicación superior suponen necesariamente un riesgo mayor. Por ello, para que estas normas cumplan el fin con el que se han llevado a cabo, es necesario que su redacción sea clara y precisa de manera que colme los vacíos normativos y clarifique los conflictos de aplicación que hayan podido suscitar las regulaciones anteriores. Además, en aras a su eficiencia, su contenido debe ser coherente con las necesidades del contexto actual haciendo viable una regulación lo más ajustada y vinculada posible a la realidad que supone la proliferación continuada de relaciones privadas transfronterizas.

Así concluimos que, constatado el hecho del continuo aumento del número de países que conforman la Unión Europea, es necesario que se siga trabajando en la misma medida para poder garantizar los cimientos básicos del espacio europeo: la

⁸³ Consultado en <http://ec.europa.eu> transformándose actualmente en el Portal Europeo de e-Justice (<http://e-justice.europa.eu>).

integración legislativa, judicial y social así como la cooperación entre los distintos Estados.

4.- BIBLIOGRAFÍA

SITIOS WEB:

<http://aplanapaluzie.blogspot.com.es/2012/04/el-reglamento-ce-13462000-sobre.html>
(consultada el 8-3-2013)

<http://aplanapaluzie.blogspot.com.es/2012/04/el-reglamento-ce-13462000-sobre.html>
(consultada el 8-3-2013).

<http://ec.europa.eu> transformándose actualmente en el Portal Europeo de e-Justice
(<http://e-justice.europa.eu>).

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33110_es.htm (consultada el 8-3-2013).

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33130_es.htm

DOCTRINA:

CANO BAZAGA, E., “El Derecho de familia comunitarizado: la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental”. *Anuario de derecho europeo*, ISSN 1579-1750, Nº. 2, 2002, págs. 67-89.

CARO GÁNDARA, R. “Nuevos desafíos comunitarios en materia matrimonial y de responsabilidad parental en las relaciones jurídicas transfronterizas (Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de familia

y sustracción internacional de menores a la luz del Reglamento 2201/2003)”, *Estudios jurídicos*, ISSN-e 1888-7740, N°. 2004, 2004, pp. 4695-4731.

ESPINELLA MÉNDEZ, A., RODRÍGUEZ MATEOS, P., y JIMÉNEZ BLANCO, M.P., Esquema de la normativa internacional y europea de alimentos, Open Course Ware, Universidad de Oviedo (consultado el 15-2-2013) en httpocw.uniovi.es/file.php52Esquema_de_la_normativa_internacional_y_europea_de_alimentos.pdf

ESPLUGUES MOTA, C., *Revista Sequência*, nº 52, p. 9-34, jul. 2006

GARCÍA LEÓN, C., “Adiós a las peleas por las herencias en la Unión Europea”, *Revista Expansión*, 06/11/2012, en <http://www.expansion.com/2012/11/06/juridico/1352226489.html> (consultado el 17/04/2013).

IRIARTE ÁNGEL, J.L. “Novedades en cuanto a la notificación y al traslado de documentos en la U. E.: el Reglamento (CE) 1393/2007 sustituirá al reglamento (CE) 1348/2000”. *Legaltoday.com. Navarra*. 17 de enero de 2008. Consultado en http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/comercio_internacional/novedades-en-cuanto-a-la-notificacin-y-al-traslado-de-documentos-en-la-u-e-el-reglamento-ce-13932007-sustituir-al-reglamento-ce-13482000 el 17/04/13.

PÉREZ MARTÍN, A.J., *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, Ed. Lex Nova, 2ª edición, 2009, págs. 1155 y ss.

SABIDO RODRÍGUEZ, M., “La sustracción de menores en derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/2003”, *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, vol. XXII, 2004, pp. 307-320.

SALES PALLARÉS, L., “La protección internacional de la familia desde las obligaciones de alimentos”, Documento de Trabajo 2010/17, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Cuenca: 2010 (consultado 15-2-2013) en <http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

SERRANO DE NICOLÁS, A., “Aproximación al Reglamento europeo de sucesiones y de creación del certificado sucesorio europeo”. *Iuris*. 1º Septiembre, 2012. Barcelona. Pp. 18-22.

SUSÍN, E., “El Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, en [http://www.icab.cat/files/242-312561-DOCUMENTO/Ponència Esther Susín-3.pdf](http://www.icab.cat/files/242-312561-DOCUMENTO/Ponència%20Esther%20Susín-3.pdf) (consultado el 5-3-2013).

VAQUERO LÓPEZ, C., “El nuevo Reglamento UE sobre sucesiones y el romanticismo español”, *Lex Nova blogs*, 08/08/2012. Consultado en <http://civil.blogs.lexnova.es/2012/08/03/el-nuevo-reglamento-ue-sobre-sucesiones-y-el-romanticismo-espanol/> (consultado el 17/04/2013).

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., La obligación de alimentos, Tema XXIII UNED, pág. 12, en <http://www.uned.es/015275/InternPriv/Tema%20XXIII.pdf>, (consultado 15-2-2013).

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M., “La protección de menores en la unión europea: el reglamento comunitario 2001/2003”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 11, 2006, en <http://www.reei.org>

VERDUGO GARCÍA, J., “La entrada en vigor del Reglamento Comunitario 44/2001”, artículo doctrinal, marzo de 2002, *Noticias Jurídicas*, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/200203-5558121025590.html> (consultado el 15-3-2013).

PARTE IV

MATERIAS QUE PODRÁN SER OBJETO DE EUROPEIZACIÓN

PARTICIPANTES:

Guillermo Lazcoz Moratinos (realiza la exposición oral), Rubén Rodríguez González

SUMARIO:

1.- ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. 1.1.- Introducción. 1.2.- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Contratos de Crédito para Bienes Inmuebles de Uso Residencial. 1.3.- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea. 2.- ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO. 2.1.- Introducción. 2.2.- Propuestas de Reglamento del Consejo relativas a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, y a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. 3.- OTRAS FUTURAS MATERIAS OBJETO DE EUROPEIZACIÓN. 3.1.- Derecho de Sociedades. 3.2.- Derecho de las víctimas en la UE. 3.- CONCLUSIONES. 4.- BIBLIOGRAFÍA.

DESARROLLO:

1.- ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

1.1.- Introducción.

Si uno de los objetivos principales de la UE es la creación de un mercado interior sin fronteras que garantice *la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales* – Artículos 26 TFUE y 3 TUE –, hablar de las futuras materias de europeización va, sin duda, unido al futuro del Derecho contractual, pues los operadores del mercado actúan precisamente a través esos pactos a los que denominamos contratos. En el mercado de la UE aún persisten elementos que perturban la consecución de este

objetivo, y desde un punto de vista jurídico se tiende a señalar la coexistencia de una vasta cantidad de normas de origen autónomo y europeo; cuando el mercado requiere “no sólo la existencia de normas que contribuyan a su defensa eficaz (mediante coherencia y eficiencia) sino una regulación detallada del Derecho privado cuyo núcleo esencial es la contratación”⁸⁴.

Por ello estamos ante una materia que, pese a contar ya con una gran cantidad de normas en el ámbito europeo, es evidente la necesidad de promulgar nuevas normas al respecto. A partir de este punto de vista vamos a tratar de exponer las razones de los movimientos doctrinales más influyentes en la política legislativa europea⁸⁵: desde quien propone una conciliación de las normas de la UE (hasta el momento la más aplicada), hasta los que hablan de una unificación o armonización del Derecho contractual (incluso de la creación de un Código Europeo de Contratos).

No pensemos que esta preocupación es reciente ni que solo atañe a la doctrina o a los operadores del mercado; la UE es consciente de que en la Europa de los 27 los problemas jurídicos no se limitan a una discusión *Common Law* vs. Derecho continental; ya en 2001 la Comisión alertó al Parlamento y al Consejo⁸⁶. Así, se puso de manifiesto el coste económico de actuar únicamente a través de regulaciones sectoriales y la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance en el ámbito del Derecho contractual, abriéndose el debate, mencionando expresamente las discusiones doctrinales que estaban de actualidad, sobre qué instrumentos serían los más adecuados para mejorar esta realidad.

La perspectiva doctrinal más pura, que opta por la creación de un Código Europeo de Contratos, nace del anhelo de un nuevo *Ius Commune*, que tuvo su expresión máxima en el Derecho romano con el Código de Justiniano (*Corpus Iuris Civilis*) y que siglos más tarde se convertiría en el Derecho Común de todos los juristas europeos. Es

⁸⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos” *Anales de la Academia Maritense del Notariado*, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2009.

⁸⁵ Entiéndase que no vamos a analizar individualmente cada propuesta, sino que vamos a resaltar los argumentos más relevantes de las mismas.

⁸⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (2001/C 255/01)

obvio que se trata de una idea con una fuerte oposición del Derecho anglosajón, no sólo por las múltiples diferencias materiales (algunas probablemente insalvables) con el derecho continental, sino también por el rechazo que causa la palabra Código⁸⁷.

En este sentido, la propuesta más elaborada y “oficial”⁸⁸ es el Proyecto de Pavía, que nació en 1990 en un Congreso de civilistas europeos y desarrollado posteriormente por la Academia Europea de Especialistas en Derecho Privado, dirigida por el Profesor Gandolfi en la propia *Università di Pavia*. El texto en sí, redactado en 2001, consta de un total de 173 artículos divididos en 11 capítulos: disposiciones preliminares, formación, contenido, forma, interpretación, efectos, cumplimiento, incumplimiento, cesión, extinción y otras anomalías del contrato. Junto a ésta también hay que mencionar una “Comisión de Derecho europeo de los contratos”, dirigida por O. Lando y H. Beale que redactaron unos *Principios de Derecho europeo contractual*.

Es evidente que estas propuestas, a pesar de la importancia doctrinal que han adquirido y de que podrían tomarse como referencia en ciertos aspectos que fueren objeto de regulación, la idea de una codificación no parece que vaya a llevarse a cabo, al menos a corto plazo, por dos grandes motivos – la única posibilidad sería que tuviese un carácter opcional de modo que las partes pudiesen, en virtud de la autonomía de la voluntad, adherirse al mismo –:

- Por las razones políticas que ya hemos comentado: si ya es difícil poner de acuerdo a 27 Estados miembros en un proyecto tan ambicioso, ni qué decir tiene cuando algunos son países anglosajones.
- También hay razones jurídicas, Sixto Sánchez Lorenzo⁸⁹ en consonancia con gran parte de la doctrina apunta a las dudas sobre una codificación regional

⁸⁷ Ejemplo de ello es el rechazo que igualmente provocó la “Constitución para Europa”, a pesar de que de texto constitucional sólo ostentaba el nombre.

⁸⁸ Aunque ninguna institución de la UE haya hecho suyo el proyecto, sí ha sido autorizado y presentado ante los mismos en su elaboración. Su mención más importante la encontramos en la Comunicación de la Comisión de 2001 ya mencionada.

⁸⁹ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho patrimonial europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 363-381

(nivel UE), en un mercado tan globalizado que especialmente en algunos sectores del comercio internacional aspira a ser lo más internacional posible. De hecho, el Instituto para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT) ya elaboró en 1994 unos *principios para los contratos del comercio internacional*.

Descartada una única regulación material que cubra todo el Derecho contractual europeo, se abre un gran abanico de posibilidades respecto a diferentes soluciones conflictuales, esto es soluciones de DIPr puras, soluciones materiales y combinaciones entre ambas. La propia Comunicación de la Comisión en 2001 preveía 4 opciones⁹⁰ que eran: la no actuación de la UE, el fomento de unos principios comunes, la mejora de la legislación existente y la adopción de nueva legislación. A raíz de esta comunicación el Parlamento exigió a la Comisión elaborar un plan de acción para la aproximación del Derecho mercantil de los Estados miembros, y así la Comisión hablaría por primera vez de un “Marco común de referencia” (MCR), que se haría realidad con carácter no vinculante en 2004 – a pesar del carácter vinculante que pedía el Parlamento –. Que sería una herramienta financiada por la UE para “presentar propuestas de mejora de la cantidad y calidad del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en el ámbito del Derecho contractual”⁹¹. En 2010 se crearía un grupo de expertos para un MCR en el ámbito contractual (decisión de la Comisión 26 de abril de 2010), cuyo mandato expiró a los dos años y que no parece haber traído novedad reseñable alguna.

Hasta el momento las dos grandes respuestas legislativas han sido el Reglamento Bruselas (Reglamento 44/2001) y especialmente el Reglamento Roma I (Reglamento 593/2008), que como ya sabemos, son respuestas conflictuales. El último venía a unificar el criterio de ley aplicable a los contratos, no sólo en el ámbito intracomunitario sino yendo más allá, resultando aplicable sin importar que la ley designada sea o no la de un EM y cualquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos contractuales

⁹⁰ Y añadía acertadamente: “Además de estas, existen otras opciones, y pueden combinarse. Dichas opciones podrían abarcar el ámbito del Derecho contractual u otros ámbitos del Derecho privado. Cada opción podría utilizarse para sectores económicos concretos o aplicarse horizontalmente”.

⁹¹ Comunicación de la Comisión, de 11 de octubre de 2004, «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» (COM (2004) 651).

(artículo 2); además de establecer una limitación material a la autonomía conflictual con la cláusula general de protección del Derecho europeo (artículo 3.4).

Este breve análisis nos permite dilucidar que el Reglamento respondía de forma efectiva a la mayoría de las demandas doctrinales; estableciendo la autonomía conflictual con carácter preferente, ante un sistema unificado de determinación de la ley aplicable a los contratos, si bien estableciendo una limitación para la autonomía de la voluntad para evitar el *fraude* a las disposiciones imperativas del Derecho europeo.

Sin embargo, dejando a un lado algunas críticas que ha suscitado el alcance limitado de la cláusula de protección⁹², no ha resuelto por completo la perturbación del funcionamiento normal del mercado al que nos referíamos al principio, y que se debe a la ingente cantidad de normas autónomas e institucionales aplicables. Aunque ha ordenado la aplicación de la normativa aplicable, las diferentes regulaciones e interpretaciones de las normas siguen suscitando una falta de certeza jurídica que, evidentemente son tenidas en cuenta por los operadores del mercado, afectándolo de forma negativa. En este punto, es donde se reclama una mayor materialización de la normativa contractual europea, pero ojo, porque ya hemos visto que la realización de un cuerpo material realmente sistemático y coherente (la codificación), no es una opción viable a nivel institucional en este momento; con lo que parece que las soluciones materiales seguirán dándose a través de normativas sectoriales – directivas, pero también reglamentos como veremos –, mientras que las soluciones conflictuales sí responden a un carácter más unitario como es el del Reglamento de Roma I.

Dicho esto, nos encontramos con dos propuestas realmente interesantes muy ligadas al ámbito de los consumidores:

- la Propuesta de Directiva sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial

⁹² Véase AGUILAR GRIEDER, H., “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Volúmen IV parte 2, Madrid, UCM, 2012.

- y la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea.

1.2.- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Contratos de Crédito para Bienes Inmuebles de Uso Residencial.

La importancia de esta Directiva viene recogida en la exposición de motivos de la propuesta, en la que se destacan los factores económicos que han llevado al aumento de los impagos y de las ejecuciones hipotecarias, convirtiendo esta materia en una prioridad legislativa para tratar de conseguir, por un lado, un mercado único y eficiente para consumidores, prestamistas e intermediarios y, por otro (consecuentemente), favorecer la estabilidad financiera. Dado que la situación del mercado inmobiliario y el drama de los desahucios es especialmente sangrante en España, la tramitación de esta norma adquiere un carácter vital para nuestro DIPr pero, sobretudo, para nuestra economía. Más actualidad añade la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, que declaró incompatible la ejecución hipotecaria del derecho español con el derecho comunitario, concretamente con lo que dispone sobre las cláusulas abusivas la Directiva 93/13/CEE.

Resulta además que la mayoría de créditos hipotecarios no disfrutaban de la protección legal específica para los consumidores que regula la Directiva de crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 23 de abril de 2008 –aunque sí de la Directiva 93/13/CEE–), puesto que su ámbito de aplicación sólo alcanza a créditos de hasta 75.000 euros. Así, se declara ya en el artículo primero de la propuesta (y como de la propia denominación de la propuesta puede inferirse), como objeto de la Directiva los créditos hipotecarios otorgados al consumidor y no a los realizados entre profesionales del mercado. La terminología a la que se hace referencia (consumidor, prestamista, contrato de crédito, TAE etc.) viene prácticamente en todos los casos a coincidir con la definición dada por la Directiva ya mencionada como puede observarse en el artículo 3 de la propuesta.

Uno de los aspectos más relevantes de la propuesta resulta el grado de profesionalización y transparencia que se exige a los agentes financieros e intermediarios; desde la propia UE se habla del *comportamiento irresponsable de los*

participantes en el mercado que soterran la confianza de los consumidores, tal y como ha puesto de manifiesto la crisis financiera. En este sentido, ya de forma genérica sobre la conducta en la concesión de crédito, se pide a los EM que garanticen un comportamiento *honesto, imparcial y profesional* en interés de los consumidores por parte de los prestamistas e intermediarios de crédito, así como un nivel adecuado de conocimientos y de competencia (artículos 5 y 6). Ya de una forma más específica – Capítulo 9 *Requisitos prudenciales y de supervisión* – se exige la designación de una autoridad para autorizar, registrar y supervisar a los intermediarios financieros, no sólo con la intención de garantizar la seguridad de los consumidores y el mercado, sino también para establecer una libertad de establecimiento y prestación de servicios en cualquier EM cuando hayan recibido la autorización en su Estado de origen, sin necesidad de solicitar una nueva autorización a las autoridades del Estado de acogida.

Otro aspecto importante es el relativo a la publicidad e información precontractual – Capítulo 3: Información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito –, cuestión vital también para el Comité Económico y Social Europeo para solucionar las *deficiencias* del mercado inmobiliario como se pone de relieve en el contexto y observaciones generales de su Dictamen de 14 de julio⁹³. Se recoge aquí la obligación de que al consumidor le llegue, no sólo información clave y amplia sobre el contrato sino también sobre el prestamista o intermediario de crédito con el que pretende contratar, además dando unas *explicaciones adecuadas* asegurando que la parte más débil conoce las consecuencias de su firma.

Se introduce además una gran novedad que tiene mucho que ver con la práctica irresponsable de conceder crédito sin considerar si el deudor podría realmente hacer frente al mismo, que si bien fue más extendida en los EEUU, también se realizó en el ámbito de la UE. Asimismo, los artículos 14 y 15 recogen una obligación doble en torno a la solvencia del deudor; la primera, incumbe al profesional que tendrá que realizar los *oportunos procesos de evaluación*, y la segunda al consumidor que deberá informar correctamente al profesional sobre su situación. Hay que señalar, por último, que no se ha incluido la armonización de un derecho de desistimiento por parte de los consumidores a diferencia de lo dispuesto en la Directiva 2008/48/CE, como pone de

⁹³ COM (2011) 142 final

relieve y lamenta el Banco Central Europeo (BCE) en su dictamen de 5 de julio de 2011⁹⁴ en el apartado de observaciones técnicas, *para contribuir a la estabilidad financiera y a la obtención y concesión de préstamos responsable*.

1.3.- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una Normativa Común de Compraventa Europea⁹⁵.

Esta propuesta es fruto del objetivo europeo de armonizar los derechos de los consumidores en el conjunto de la UE, para que se trate de modo coherente y equitativo al conjunto de consumidores europeos; así puede verse reflejado en el informe (posterior a la propuesta) que la Comisión trasladó el 12 de marzo de 2012 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento 2006/2004 que creó una red de cooperación en materia de protección de los consumidores (CPC). En el informe se reflejaban las evidentes diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales de la UE en esta materia, que provoca discusiones en el ámbito de trabajo de la propia Red CPC en relación con la legislación aplicable y con las normas procedimentales nacionales⁹⁶.

Hemos hablado de las dificultades que entraña la elaboración de un Código Europeo, por ello y como no podía ser de otro modo; se trata, en primer lugar, de un instrumento facultativo (art. 3). Era previsible dado que un cuerpo referido a una categoría tan general de Derecho contractual y que da respuestas materiales directas, como ya veremos, tuviese este carácter voluntario.

Otro aspecto fundamental del carácter de la PCESL es que se trata de normas materiales especiales dependientes. Son normas materiales porque dan una respuesta directa a supuestos de tráfico transfronterizos, siempre transfronterizos como se declara

⁹⁴ CON/2011/58

⁹⁵ Al que se hará también referencia como CESL (*Common European Sales Law*)

⁹⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (COM(2012) 100 final)

y define en el artículo 4⁹⁷. Al mismo tiempo son normas dependientes puesto que cuando las partes convienen atenerse a la CESL, no estamos ante la elección de la ley aplicable, el sistema conflictual fijado por los Reglamentos de Roma I y II sigue siendo necesario para fijar la ley aplicable. Es decir, la CESL sólo será aplicable cuando el Reglamento Roma I (para materia contractual) fije como ley aplicable la de un Estado miembro parte del futuro Reglamento de compraventa europea. Y no se limita su aplicación al uso intracomunitario siempre, claro, que al menos una de las partes esté *establecida* en un Estado miembro. Así se expresa el carácter de la norma en el considerando nº10 de la PCESL:

“El acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea debe ser una opción ejercida en el ámbito de aplicación de la legislación nacional respectiva aplicable con arreglo al Reglamento (CE) nº 593/2008 o, por lo que hace a las obligaciones de información precontractual, con arreglo al Reglamento (CE) nº 864/2007 (...), o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes. Por tanto, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea no equivale a, ni debe confundirse con, la elección de la ley aplicable a tenor de las normas sobre conflicto de leyes, y ha de entenderse sin perjuicio de ellas. El presente Reglamento no afectará pues a ninguna de las normas en materia de conflicto de leyes en vigor.”

Y una vez se determine que la ley aplicable es la de un Estado miembro, si la cuestión jurídica tiene cabida en el ámbito de aplicación de la CESL, no existirá pues margen para la aplicación de ninguna otra norma nacional; es una especie de segundo régimen jurídico aplicable a los contratos dentro de los ordenamientos jurídicos de cada Estado.

La propuesta se divide en tres apartados principales:

El Reglamento

⁹⁷ Siendo distinto el concepto transnacional para las operaciones entre comerciantes, que el fijado para contratos con consumidores.

Consta de 16 artículos de los que cabe destacar, además del carácter facultativo y dependiente que ya hemos comentado, los ámbitos de aplicación territorial, material y espacial-personal.

El art. 4 indica que se aplica a contratos transfronterizos y diferencia entre: comerciantes al menos uno deberá tener su residencia habitual en un Estado miembro; consumidores, se aplicará si *“la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual y al menos uno de dichos países es un Estado miembro”*.

El ámbito de aplicación material (art. 5) comprende los contratos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados, como instalación y reparación. Asimismo excluye del ámbito de aplicación los contratos mixtos y las ventas a plazos (art. 6).

En cuanto al ámbito espacial-personal (art. 7), sólo se aplica cuando el vendedor sea un comerciante y, si ambas partes del contrato lo son, sólo cuando al menos una de ellas sea una PYME (definida en el segundo apartado del mismo artículo).

El Anexo I del Reglamento

Es sin duda, la parte más extensa ya que recoge las normas materiales de derecho contractual, es decir, la CESL en sí. Está formada por 8 partes y un apéndice y cabe destacar que recoge desde la información precontractual, la interpretación del contenido y cláusulas del contrato y las obligaciones de las partes, hasta las previsiones ante incumplimientos contractuales en forma de *remedios, indemnización, restitución y prescripción* de las acciones. El apéndice contiene un modelo de desistimiento que el empresario ha de facilitar al consumidor antes de la celebración de un contrato a distancia.

El Anexo II del Reglamento

Este último apartado contiene una ficha informativa estándar, que sirve para ayudar a los consumidores a conocer sus derechos en la normativa común de compraventa europea. Esta ficha será facilitada a los consumidores por los comerciantes para que accedan a esa información, siempre con carácter previo a la celebración de un acuerdo sobre la utilización de la CESL.

Como crítica a este instrumento, Sixto Sánchez Lorenzo indica⁹⁸ que incurre en el mismo error que todos los intentos de armonización del Derecho contractual europeo, el “mal germánico”, esto es, se unifica en el mismo cuerpo legislativo los contratos entre profesionales y los del ámbito del consumo. Con relación con lo comentado anteriormente sobre la armonización, añade que separando ambos tipos de contratos “*cabe hallar propuestas mucho más cabales y ajustadas a los objetivos de dinamización de las relaciones contractuales*”. Es muy cierto que la flexibilidad que requiere la autonomía de la voluntad en los contratos entre empresarios no tienen nada que ver con las respuestas intervencionistas y directas que requiere el ámbito del consumo, que precisamente por ello se trata de un ámbito autónomo dentro del derecho contractual, por la necesidad de proteger con normas imperativas a la parte débil de la relación jurídico-económica.

En este sentido, coincide plenamente el Dictamen preceptivo elaborado por el Comité Económico y Social Europeo⁹⁹ que textualmente hace referencia a estas críticas de la siguiente forma:

1.- Conclusiones y recomendaciones

1.5.- Dividir la normativa común de compraventa europea y separar el reglamento en dos documentos según se trate de contratos entre empresas (B2B) o entre empresas y consumidores, con la creación de un calendario claro de aplicación para cada uno, hará que sea más fácil que empresas y consumidores entiendan y apliquen las nuevas normas.

1.10.- Las organizaciones de consumidores destacan que, tal y como está, la propuesta no se debería utilizar en las transacciones con consumidores. (...)

⁹⁸ SÁNCHEZ LORENZO, S., “La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2011*, Madrid, Iprolex, pp. 59-61 (V. Conclusiones)

⁹⁹ (COM (2011) 635 final)

Las propuestas presentadas por las organizaciones de consumidores y de pymes aún divergen en muchos puntos. Encontrar la mejor solución, aceptada por todos, es complejo y difícil.

2.- ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO

2.1.- Introducción

El 16 de marzo de 2011, la Comisión Europea publicó dos propuestas de Reglamento, aún no definitivas, sobre competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de régimen económico matrimonial, y sobre consecuencias patrimoniales de las parejas registradas en supuestos transfronterizos o internacionales.

En los matrimonios o parejas con conexiones en diversos Estados por razón de su diferente nacionalidad, residencia o situación de sus bienes, se plantean serias incertidumbres de carácter patrimonial cuando dichas relaciones llegan a su fin.

Según la Comisión, existen en Europa unos dieciséis millones de parejas internacionales, al menos 650.000 de las cuales deben hacer frente a estos problemas. Los ciudadanos pierden tiempo y dinero tratando de determinar la ley aplicable a su caso, y los tribunales competentes, para conocer de él. Las divergencias jurídicas entre los veintisiete Estados miembros de la UE crean un incentivo para buscar un foro de conveniencia o ser el primero en la carrera hacia los tribunales. Esa es la expresión utilizada cuando uno de los cónyuges, por lo general el que goza de mejor situación económica, se apresura a acudir al tribunal cuyo fallo considera va a resultarle más favorable.

La Comisión Europea propone, por ello, un conjunto de normas europeas que arrojen claridad jurídica sobre los derechos de propiedad de los matrimonios internacionales y de las uniones registradas con dimensión internacional. Los dos Reglamentos, en trámite legislativo aún, contribuirán a determinar el tribunal competente para conocer de tales cuestiones, así como la ley aplicable para regular el

régimen patrimonial. Además, los Reglamentos incluyen reglas sobre el reconocimiento y la ejecución en todos los Estados miembros de la UE de las resoluciones judiciales relativas al régimen económico de las parejas mediante un procedimiento único.

Estas propuestas constituyen el primer resultado tangible del Informe de la Comisión sobre la Ciudadanía¹⁰⁰, de octubre de 2010 que ponía de manifiesto veinticinco grandes obstáculos prácticos con que los europeos todavía tropiezan en su vida cotidiana.

Dimensión del problema y respuesta europea.

El principal problema que se plantea, es que tras la disolución de la unión matrimonial o de parejas registrales, es necesario llevar a cabo una serie de medidas tendentes a regular los efectos derivados de esa disolución y, entre ellas, de gran importancia es el reparto o distribución de todos los bienes adquiridos durante la convivencia. En este punto, la legislación vigente de los distintos Estados miembros, ofrece un escenario de incertidumbre e inseguridad jurídica, ya que las normas de conflicto existentes contienen regulaciones distintas en función de cada Estado, utilizando en muchos casos puntos de conexión diferentes (como por ejemplo, la última residencia común de la pareja en el momento de la celebración del matrimonio o en el momento de la declaración del divorcio) que provocan gran confusión, no sólo para los miembros de la pareja, sino también para los tribunales competentes en lo relativo a que ley deben aplicar al caso concreto.

La UE está desarrollando una política dirigida a facilitar la vida de los ciudadanos y de las parejas internacionales, en particular, en las situaciones transfronterizas en las que puedan verse expuestos.

Como parte de esta política, se han adoptado distintos instrumentos de Derecho internacional privado en el ámbito del derecho de familia, concretamente el *Reglamento “Bruselas II bis”*, de 27 de Noviembre de 2003, y el *Reglamento “Roma III”*, aprobado el 20 de Diciembre de 2010. Con estos dos instrumentos internacionales se aporta una

¹⁰⁰ Bruselas COM (2010) 603 final.

mayor claridad en torno a cual será el tribunal competente y también sobre el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales entre los distintos Estados miembros.

Pero aún así, estas regulaciones parecen insuficientes ya que ninguna contiene disposiciones acerca de los derechos patrimoniales de las parejas internacionales.

Ante tal necesidad, son varias las propuestas e iniciativas realizadas por los principales órganos europeos para llevar a cabo una regulación completa sobre la materia; tanto el Consejo, como la Comisión y el Parlamento Europeo se han mostrado a favor de la misma a través de la emisión de distintos dictámenes e iniciativas. Y es precisamente la Comisión la que presenta dos propuestas con las que ofrecer una respuesta legal a las dudas que se plantean las parejas internacionales sobre estas cuestiones.

La base jurídica de ambas propuestas es el art. 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que atribuye al Consejo la competencia para adoptar las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza, previa consulta al Parlamento Europeo.

Existe, a tal efecto, un dictamen del Comité Económico y Social Europeo¹⁰¹ sobre las Propuestas de Reglamento, respaldando la iniciativa de la Comisión en la necesidad de eliminar las incertidumbres y las discriminaciones relativas a los derechos de la propiedad de las parejas internacionales a través de la elaboración de dos Reglamentos.

Marco jurídico actual

En la actualidad, son las leyes nacionales de los Estados las que regulan el régimen económico matrimonial de las parejas casadas dentro de su territorio o nacionales del mismo.

¹⁰¹ Bruselas COM (2011) 126 final- 2011/0059 (CNS) Dictamen relativo a los matrimonios. Bruselas COM (2011) 127 final-2011/0060 (CNS) Dictamen relativo a las uniones registradas.

La mayoría de los Estados miembros establecen una distinción entre el régimen económico matrimonial legal, por una parte, y el régimen económico matrimonial convencional, que tiene una aplicación subsidiaria, pues se aplica cuando los cónyuges no han previsto otro régimen.

Los principales regímenes económicos matrimoniales son dos: el sistema conocido como sociedad de gananciales o comunidad de bienes, en el que se produce una partición de los bienes y derechos adquiridos durante el matrimonio cuando se disuelve. Y por otra parte, el de separación de bienes, donde estos pertenecen individualmente a cada uno de los cónyuges en función de la propiedad de los mismos.

Por su parte, las uniones registradas presuponen la convivencia de dos personas como pareja y el registro de esa situación ante una autoridad pública del Estado de su residencia. Se trata de una institución muy reciente y al igual que los matrimonios, la regulación acerca de los derechos patrimoniales de esta unión se encuentra regulada por el Derecho nacional de los Estados miembros.

Actuación del DI Pr europeo

Ante estas divergencias, se han planteado a nivel europeo tres modelos que ofrecerían a los ciudadanos la seguridad jurídica necesaria:

- La primera solución, a la que se recurre ya en la práctica, consiste en dejar en manos de los Estados miembros la búsqueda de soluciones en el marco de acuerdos bilaterales. El *acuerdo franco-alemán de febrero de 2010*¹⁰² es un ejemplo de ese planteamiento. Pero, incluso cuando se encuentran abiertos a la adhesión de los demás Estados miembros (como es el caso del acuerdo franco-alemán), tales acuerdos no consiguen abarcar la totalidad de problemas prácticos que se plantean ni, por consiguiente, ofrecer una respuesta europea completa.

¹⁰² Acuerdo suscrito el 4 de febrero de 2010 sobre la creación de un régimen matrimonial común. Actualmente es un proyecto de ley.

- La segunda solución consistiría en armonizar el Derecho material que rige los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas. No obstante, semejante enfoque queda excluido por los Tratados, que no otorgan a la Unión competencias en ese ámbito.
- El tercer enfoque, permitido por los Tratados, consiste en la adopción a nivel europeo de reglas de Derecho internacional privado en cuanto a los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión registrada.

Por este motivo y, conforme a lo anunciado en su Plan de acción por el que se aplica el *programa de Estocolmo, de 20 de abril de 2010*¹⁰³, la Comisión propone las iniciativas siguientes:

- Una propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales.
- Una propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Si bien ambas propuestas presentan grandes similitudes en cuanto a su estructura y su contenido, la Comisión considera que resultará más fácil tener en cuenta las especificidades de cada tipo de unión con dos instrumentos legislativos que con un único instrumento que regule ambas figuras. En efecto, el matrimonio y la unión registrada son figuras jurídicas diferentes en la UE. El matrimonio es una institución jurídica tradicional en los veintisiete Estados miembros mientras que la unión registrada es una figura más reciente reconocida solamente en catorce de ellos. Por ello, algunas de las soluciones jurídicas propuestas presentan inevitables diferencias para cada uno de esos dos Estados.

¹⁰³ Bruselas COM (2010) 171 final

Además, como el matrimonio y la unión registrada pueden estar, según algunos Estados miembros, abiertos tanto a parejas de sexo opuesto como a parejas del mismo sexo, ambas propuestas tienen carácter neutro con respecto a la orientación sexual.

Habida cuenta de su estrecha vinculación, ambas propuestas se adoptan simultáneamente y en forma de «paquete» para subrayar la determinación de la Comisión a facilitar la vida cotidiana de las parejas internacionales, con independencia de si ha mediado la celebración de un matrimonio o de una unión registrada.

Ambas propuestas son neutras desde el punto de vista fiscal y no supondrán cambio alguno en la legislación tributaria nacional de los Estados miembros.

2.2.- Propuestas de Reglamento del Consejo relativas a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales y a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Las propuestas de la Comisión tratan de dar respuesta a las preguntas siguientes:

- ¿Qué tribunal es competente para proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada?
- ¿Qué ley se aplica a esa liquidación?
- ¿Se reconoce y ejecuta fácilmente en otro Estado miembro la resolución de ese tribunal o la decisión de otra autoridad competente de un Estado miembro?

Determinación del tribunal competente: centralización de los procedimientos y coherencia con la regulación vigente. Capítulo II, arts. 3, 4, 5 y 6.

Las Propuestas de Reglamento determinan el tribunal competente para la liquidación de un régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de una unión registrada. La Comisión propone centralizar en un único tribunal los distintos

procedimientos: el de divorcio, el de separación y el de liquidación del régimen económico matrimonial.

Se busca además la coherencia con las reglas europeas en materia de competencias de los tribunales que ya están en vigor o que se han propuesto dentro de otros instrumentos legislativos de la Unión.

En caso de divorcio o de separación, los tribunales competentes para conocer de esos procesos conforme al Reglamento Bruselas II *bis* (Reglamento 2201/2003), anteriormente citado, pasarán a ser también competentes para la liquidación del régimen económico matrimonial causada por el divorcio o la separación.

Del mismo modo, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges o de uno de los miembros de la pareja, el tribunal competente para conocer de la sucesión adquirirá también competencia para las cuestiones relacionadas con los regímenes económicos matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Por otra parte en el artículo 5 (común para ambas propuestas) se prevén normas de competencia propias que se aplicarán al margen de cualquier procedimiento de sucesión o separación de la pareja. Una lista de foros o criterios de atribución de competencia enumerados jerárquicamente permiten determinar el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales son competentes para pronunciarse en los procedimientos relativos al régimen económico matrimonial/ aspectos patrimoniales de las uniones registradas.

Los criterios propuestos son: la residencia habitual común de los cónyuges/pareja, la última residencia habitual común si uno de los cónyuges/ miembro de la pareja aún reside en ella o la residencia habitual del demandado.

Y finalmente en el art. 6 (también común en ambas propuestas) se prevé una regla subsidiaria, a falta de aplicación de las disposiciones anteriores, que permitirá conocer cual es el Estado cuyos órganos jurisdiccionales podrán pronunciarse en este procedimiento con carácter excepcional. Esta norma garantiza el acceso a la justicia a los cónyuges/miembros de la pareja y terceros interesados, cuando un bien o varios bienes de un cónyuge o de ambos cónyuges/ uno u ambos miembros de la pareja se

encuentren en el territorio de este Estado miembro, así como cuando ambos cónyuges/miembros de la pareja tengan la nacionalidad común de este Estado miembro.

Determinación de la ley aplicable: posibilidad de elección de los cónyuges.
Capítulo III, arts. 15, 16, 17, 18, 19-20 y 22.

Se proponen para el matrimonio y para la unión registrada dos enfoques diferentes en razón de las especificidades de cada institución.

Se ofrece a los cónyuges la posibilidad de escoger la ley aplicable. Se trata, no obstante, de una posibilidad de elección limitada a fin de evitar que los cónyuges escojan una ley con la que su matrimonio no presente vínculo alguno. Pueden optar entre la ley del lugar de residencia habitual común y la del país de nacionalidad. En caso de que los cónyuges renuncien a escoger la ley aplicable, la propuesta incluye una lista de puntos objetivos de conexión que permiten determinarla.

Esas soluciones permitirán tener en cuenta la movilidad de los ciudadanos y respetar la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ofreciendo al mismo tiempo seguridad jurídica a cada uno de ellos. En caso de cambio de residencia habitual de un Estado miembro a otro, los cónyuges podrán, por ejemplo, cambiar sin dificultad la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Tal es además el enfoque adoptado en el reciente Reglamento Roma III, sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación (Reglamento 1259/2010).

El grado de autonomía es más reducido en el caso de las uniones registradas. En efecto, la propuesta determina de manera precisa la ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas: la ley del Estado de registro de la unión. Habida cuenta de que la unión registrada es una institución que no existe en todos los Estados miembros de la Unión y de que se observa una gran diversidad entre las legislaciones de los Estados miembros cuyos ordenamientos jurídicos la contemplan, la propuesta ha optado por la ley del país de registro.

Esa regla tendrá las ventajas de aportar una mayor transparencia a la determinación de la ley aplicable cuando una pareja se halle vinculada por una unión

registrada y de permitir prever los posibles efectos patrimoniales en caso de procedimiento de separación.

Como regla general, la Comisión pondrá a disposición de los ciudadanos la información pertinente sobre las normativas y los procedimientos nacionales relativos tanto a los regímenes económico matrimoniales como a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, para lo que se valdrá de los medios apropiados y, concretamente, de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. De igual manera se procederá con las disposiciones nacionales sobre oponibilidad a terceros.

Reconocimiento y ejecución de las resoluciones: rapidez de su circulación y ejecución en la Unión.

La propuesta prevé la libre circulación de las resoluciones, los documentos públicos con fuerza ejecutiva y las transacciones judiciales en materia de regímenes matrimoniales. Así se logra un reconocimiento basado en el principio confianza mutua que resulta de la integración de los Estados miembros en la Unión Europea. Tales disposiciones se ajustan a las vigentes en materia civil y mercantil. Esta libre circulación se concreta en un procedimiento uniforme para el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, los documentos públicos con fuerza ejecutiva y las transacciones judiciales procedentes de otro Estado miembro. Este procedimiento sustituye a los procedimientos nacionales actualmente vigentes en los diferentes Estados miembros. Los motivos de no reconocimiento o de denegación de la ejecución también se han armonizado a nivel europeo y se han reducido al mínimo necesario. Dichos motivos sustituyen a otros motivos variados y generalmente más amplios que existen actualmente en el ámbito nacional.

Conforme al TFUE, las medidas que afectan al ámbito del Derecho de familia requieren la unanimidad del Consejo. Por ese motivo, la Comisión ha considerado apropiado mantener un control de las resoluciones en esta materia en el Estado miembro donde se soliciten el reconocimiento y la ejecución. Por consiguiente, las resoluciones dictadas en un Estado miembro se reconocerán mediante un procedimiento de *exequatur* ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se solicite la ejecución. Se trata de un procedimiento que puede reducirse a una comprobación formal de los

documentos presentados por la parte demandante, similar a la ya existente en materia civil y mercantil.

Estas nuevas disposiciones representan un avance considerable en relación con la situación actual, donde cada Estado miembro aplica sus propias normas de procedimiento y sus propias causas de denegación de la ejecución de resoluciones extranjeras, lo que supone un grave obstáculo a la circulación de las resoluciones judiciales en esta materia.

En una etapa posterior y, en función de la evaluación de la ejecución de las medidas propuestas y de las disposiciones equivalentes del Reglamento Bruselas II *bis* antes citado, la Comisión estudiará la posibilidad de adoptar un procedimiento más sencillo y automático.

3.- OTRAS MATERIAS OBJETO DE EUROPEIZACIÓN

3.1.- Derecho de sociedades

Tal y como se recoge en el Programa de Estocolmo, la UE persigue que el proceso de armonizar las normativas de los Estados miembros también debería proseguir, entre otros, en el ámbito del Derecho de sociedades.

La armonización del Derecho de sociedades europeo se ha basado en la elaboración de Directivas, que han sido criticadas por sacar a la luz ciertas lagunas a través de las cuales se tendía a *un claro proteccionismo a favor de las empresas nacionales respectivas*¹⁰⁴. Ante esta situación, por un lado, la Comisión se replanteó su estrategia buscando nuevas vías de armonización como manifiestan las Comunicaciones de 2003 sobre la modernización del Derecho de sociedades y de 2007 sobre la simplificación del entorno empresarial en el ámbito del Derecho de sociedades¹⁰⁵.

¹⁰⁴ FUENTES, M. y SÁNCHEZ CALERO, J., “Fuentes de la armonización del Derecho europeo de sociedades y los trabajos preparatorios de la European Model Company Act (EMCA)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2010*, Madrid, Iprolex, p. 746.

¹⁰⁵ COM (2003) 284 final y COM (2007) 394 final respectivamente

Por otro lado, en 2007 surgió la **European Model Company Act (EMCA)** por iniciativa académica, independiente aunque cuenta con el apoyo de la Comisión, en la Universidad de Aarhus; y cuenta actualmente con un grupo de profesores expertos de los 27 Estados miembros, encabezado por los profesores Theodor Baums (Alemania) y Paul Krüger (Dinamarca). Estaba previsto que la primera versión definitiva de la EMCA fuese presentada en 2012, sin embargo, aún no se ha publicado nada formalmente.

Dado el poco tratamiento doctrinal que ha recibido en España la propuesta, tampoco hay traducciones oficiales al español, es necesario tener por referencia al profesor Juan Sánchez-Calero (miembro del grupo de trabajo)¹⁰⁶.

La EMCA se presenta como una *solución alternativa* a la política de armonización a través de Directivas, en busca del objetivo europeo de una mejor legislación (Programa de Estocolmo) fomentando una aplicación flexible de la misma, pero partiendo de unos fuertes principios comunes. Asimismo se ha optado por una regulación única para los distintos tipos de sociedad; públicas o privadas, limitadas o anónimas, cotizadas o no en el mercado de valores.

De entre las propuestas de proyecto es interesante hacer referencia a:

- 1º.- El principio de la primacía de los accionistas como parte de los “principios generales”. Su importancia reside en que ninguna legislación europea había proclamado de manera explícita la primacía de las decisiones de los accionistas frente a las del consejo de administración.
- 2º.- Respecto al régimen de responsabilidad de los administradores dos novedades no recogidas en el ordenamiento jurídico español: el administrador se exonerará de la responsabilidad de un acto tomado de buena fe, sin incurrir en conflicto de interés y se haya informado adecuadamente; y también se

¹⁰⁶ FUENTES, M. y SÁNCHEZ CALERO, J., “Fuentes de la armonización del Derecho europeo de sociedades y los trabajos preparatorios de la European Model Company Act (EMCA)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2010*, Madrid, Iprolex, pp. 745 a 758.

exonerará cuando el acto ejecutado se derive de un acuerdo adoptado por la Junta de socios.

3º.- La regulación de los grupos societarios (formado por una sociedad matriz y sus filiales), que no ha sido objeto de regulación en la Ley de Sociedades de Capital (RD 1/2010).

En definitiva, la EMCA que se ha basado en el Derecho comparado en sus trabajos, parece que optará por un criterio de *normas dispositivas, informativas y que introduzcan un amplio margen a la autorregulación*. Razón por la cual es muy probable que las instituciones europeas sigan su futura aplicación con mucho interés.

Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea.

Aquí sí merece una breve exposición la propuesta formal de Reglamento en torno a la Fundación Europea (FE), que está tramitándose a través del procedimiento legislativo especial (Consejo) y se encuentra actualmente a la espera de la transmisión del proyecto a los parlamentos nacionales, tras conocerse la aprobación del Parlamento Europeo y los dictámenes preceptivos, para proceder a su votación y aprobación. Aunque se trata de una figura de menor importancia que las sociedades de capital, la Fundación es una institución jurídica con impacto económico a nivel europeo¹⁰⁷ y que especialmente, en atención a sus fines (desarrollo científico, cultural, social etc. la FE servirá al interés público en sentido amplio, según el artículo 5.2) resulta destacable.

El objetivo fundamental de esta propuesta tal y como se recoge en la misma, así como en los dictámenes del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones, es el de eliminar los obstáculos transfronterizos, dificultades administrativas engorrosas y costosas, para las fundaciones y los donantes y facilitar una canalización eficiente de los fondos con fines de utilidad pública.

¹⁰⁷ Según el Comité de las Regiones en su dictamen preceptivo (2013/C 17/13) *el sector de las fundaciones tiene un peso económico considerable, con un nivel global de gastos anuales del orden de 150 000 millones de euros y la creación directa de cerca de un millón de puestos de trabajo en régimen de jornada completa en toda la UE.*

En el articulado de la propuesta se recogen los requisitos materiales y formales para constituir una FE (fines, estatutos, registro, organización etc.), así como su disolución y su control por parte de los Estados miembros. En atención al objetivo fundamental, en el Capítulo VIII se dispone la aplicación automática de las mismas ventajas fiscales de las que goce cualquier entidad nacional de utilidad pública a la fundación europea y sus donantes. La propia Comisión determinó que lo más idóneo para ajustarse a los objetivos perseguidos sería la regulación de un Estatuto de la FE, antes que otras opciones que requerían una mayor armonización de las legislaciones nacionales (lo que acarrearba discrepancias especialmente en el ámbito fiscal).

3.2.- Derecho de las víctimas en la Unión Europea.

Introducción

El pasado año 2011 se presentó un paquete de medidas encaminadas a reforzar los derechos de las víctimas de delitos en la UE y el reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Estas medidas, son las siguientes: una Comunicación por parte de la Comisión relativa al reforzamiento de los derechos de las víctimas de la UE¹⁰⁸, una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹⁰⁹, y una Propuesta de Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil¹¹⁰.

La Comisión Europea ha definido como prioridad estratégica¹¹¹ la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de normas mínimas, sobre la base del Programa de Estocolmo y de su Plan de Acción¹¹².

¹⁰⁸ COM (2011)/274 final

¹⁰⁹ COM (2011)/275 final

¹¹⁰ COM (2011)/276 final

¹¹¹ COM (2010) 623.

¹¹² DO L 115 de 4.5.2010, p. 1; COM(2010) 171

El objetivo central del paquete legislativo de la Comisión es hacer frente a las necesidades de las víctimas de manera integral. Las propuestas de la Comisión abordan las necesidades de las víctimas directas e indirectas de delitos, tales como los miembros de la familia que también sufren las consecuencias del delito. Por tanto, la familia inmediata o los dependientes de las víctimas directas se beneficiarán, cuando corresponda, del apoyo y protección que se propone en este paquete.

La UE ya ha actuado en cuanto a los derechos de las víctimas en el proceso penal a través de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Si bien se han logrado avances en materia de derechos de las víctimas, no se han alcanzado plenamente los objetivos de la Decisión marco del Consejo. El Parlamento Europeo ha pedido asimismo al Consejo que adopte un marco jurídico global que ofrezca a las víctimas de la delincuencia la máxima protección.

En el primero de los textos mencionados, Comunicación por parte de la Comisión relativa al reforzamiento de los derechos de las víctimas de la UE, se pone de manifiesto la necesidad de legislar para garantizar los derechos de las personas víctimas de delitos o de accidentes de tráfico, pues son muchos los ciudadanos europeos que viajan y cruzan fronteras y ante la desigual legislación de los diferentes Estados miembros, es necesario ofrecer un marco legislativo basado en una serie de derechos mínimos y asistenciales. Es por ello, que se presenta este paquete legislativo compuesto por dos propuestas, una Directiva y un Reglamento, destinadas a reforzar las medidas nacionales existentes, dando una respuesta global para todos los ciudadanos europeos independientemente de su nacionalidad o país de residencia.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

La Comisión presenta una propuesta de Reglamento que pretende que toda medida de protección emitida por un Estado miembro sea fácilmente reconocida en el resto de la UE con la sola formalidad de un certificado normalizado y plurilingüe.

En síntesis, lo que la Propuesta pretende es que cuando las víctimas de actos de violencia viajan o se establecen en otro Estado miembro de la UE deberían continuar beneficiándose de las medidas de protección adoptadas contra el autor de los hechos en otro Estado distinto. De este modo la Comisión propone un Reglamento que regule el reconocimiento mutuo de las medidas de protección adoptadas en materia civil.

Regulación:

a.- Ámbito de aplicación (art.1).

El Reglamento afecta únicamente a las medidas de protección adoptadas en materia civil. En caso de incumplimiento de una medida de protección, las sanciones penales siguen estando reguladas por el Derecho nacional de cada país de la UE.

Y debido a un principio general del Derecho, principio de especialidad, que supone que la norma especial prevalece sobre la general (*lex specialis derogat generalis*), este Reglamento sustituirá a las normas generales establecidas en el Reglamento Bruselas I¹¹³.

b.- Reconocimiento y ejecución de la resolución (arts. 4-13).

Para invocar una resolución de protección en otro país de la UE (Estado miembro de reconocimiento), la persona protegida deberá simplemente presentar un certificado expedido por el país que ha adoptado la resolución (Estado miembro de origen), reconocimiento previsto en el.

La Propuesta prevé un **certificado normalizado** que contenga toda información necesaria para el reconocimiento y, si fuera necesario, la ejecución de la medida de protección.

¹¹³ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12 de 16.1.2001, p.1).

El certificado será expedido desde que se adopte la medida, si las circunstancias presentan un carácter transfronterizo, o previa petición de la persona protegida.

Se contempla un único **motivo de denegación** del reconocimiento: en caso de que la decisión sea inconciliable con una decisión adoptada por el Estado miembro de reconocimiento. El hecho de que el país no disponga de medidas de protección o que sean distintas, no impide reconocer la decisión. Si fuera necesario, puede adaptarla a una conocida conforme a su propio Derecho.

Si procede, el Estado de reconocimiento debe **garantizar que** las autoridades competentes **ejecutan la medida**.

Se prevén disposiciones para **salvaguardar los derechos fundamentales**:

- antes de expedir el certificado, el Estado miembro de origen debe asegurarse de que se han respetado las salvaguardias de los derechos fundamentales de la persona causante del riesgo, como el derecho a un juez imparcial y el derecho de defensa;
- en caso de suspensión o retirada de la medida por parte del Estado miembro de origen, el Estado miembro de reconocimiento suspende o retira el reconocimiento y la ejecución de la medida a petición de la persona causante del riesgo; el Estado miembro de origen y el Estado miembro de reconocimiento **deben notificar** a la persona causante del riesgo y a la persona protegida cualquier información sobre la adopción, el reconocimiento, la posible ejecución y las sanciones, la suspensión o la retirada de la medida de protección.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

La Comisión propone una Directiva cuyo objetivo es garantizar a las víctimas de delitos el mismo nivel de protección, de apoyo y de acceso a la justicia en todos los

Países de la UE. Sustituirá a la Decisión marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

La Directiva reconocerá el estatuto de víctima no solo a las personas que hayan sufrido un perjuicio causado por una infracción penal, sino también a familiares de esa persona perjudicada.

Regulación:

a.- Información y apoyo de las víctimas.

Para que puedan ejercitar sus derechos, a las víctimas se les debe facilitar información suficiente de forma comprensible. También deben tener acceso a los servicios de asistencia psicológica. La propuesta pretende garantizarles:

- El **derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad judicial (art.3)**, fundamentalmente sobre cómo interponer una denuncia, los detalles del proceso y cómo obtener protección si fuera necesario;
- El **derecho a recibir información sobre el caso (art.4)**, en especial sobre la decisión de parar o continuar la investigación, sobre la fecha y el lugar del juicio y, en determinadas condiciones, sobre la puesta en libertad de la persona inculpada;
- El **derecho a entender y ser entendido (art.5)**;
- El **derecho a traducción e interpretación (art.6)**: si no habla la lengua del proceso, se debe facilitar a la víctima interpretación gratuita y la traducción de la denuncia interpuesta, de todas las decisiones que pongan término al procedimiento así como de la información sobre sus derechos;

- El **derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas (art.7)**: dichos servicios deben ser gratuitos y accesibles también para determinados familiares. Prestan una asistencia moral y psicológica así como una ayuda práctica sobre, por ejemplo, cuestiones financieras y la función de la víctima en el proceso penal.

b.- Participación de las víctimas en el proceso penal.

Las víctimas tienen el derecho a un proceso justo. Además, deben poder asistir al juicio que les afecta. Para ello, la Propuesta prevé que se le debe garantizar una serie de derechos:

- Derecho de las víctimas a que **se admita su denuncia (art.8)**;
- Derecho **a ser oído (art.9)**;
- Derechos en caso de que **se adopte una decisión de no proceder al procesamiento (art.10)**, basado en un derecho de revisión;
- Derecho a **garantías en el contexto de mediación y otros servicios de justicia reparadora (art.11)**. el objetivo es proteger a las víctimas de toda intimidación o victimización adicional durante el proceso;
- Derecho a **asistencia jurídica gratuita (art.12)**;
- Derecho al **reembolso de gastos (art.13)**;
- Derecho a la **restitución de bienes** que hayan sido incautados en el transcurso del proceso penal (**art.14**);
- Derecho a **obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor** en el transcurso del proceso penal (**art.15**);

- En cuanto a los **derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro (art.16)**; derechos referidos a tomar declaración a la víctima inmediatamente después de que se presente la denuncia y utilizando videoconferencias y conferencias telefónicas en su interrogatorio. Si no pudiera presentar la denuncia en el Estado miembro en el que se ha cometido la infracción, la víctima debe poder hacerlo en su Estado de residencia que transmitirá la denuncia al Estado miembro implicado.

c.- Reconocimiento de vulnerabilidad y protección de las víctimas.

Se garantizan los siguientes derechos:

- **Derecho a la protección (art.17)**, garantizando la seguridad de las víctimas y sus familias de represalias o intimidaciones por parte del infractor;
- **Identificación de víctimas vulnerables (art.18)**, considerándose vulnerables por las características personales los menores y las personas con discapacidad, y por los delitos sufridos, las víctimas de violencia sexual y las víctimas de trata de ser humanos;
- **Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor (art.19)**;
- **Derecho a la protección de las víctimas en interrogatorios celebrados en investigaciones penales (art.20)**;
- **Derecho a la protección de las víctimas vulnerables y víctimas infantiles durante el proceso penal (arts.21 y 22)**;
- **Derecho a la protección de la intimidad (art.23)**.

4.- CONCLUSIONES

Como valoración final acerca del futuro del DIPr puede decirse que se ha abierto un camino que parece irreversible, al menos a medio plazo. Las competencias de la Unión Europea son más amplias en cada reforma del Derecho originario; además, a pesar de las críticas que está recibiendo esta institución durante la crisis que nos afecta, es innegable que más allá de estas políticas económicas, el *espacio de libertad, seguridad y justicia* que se está creando en Europa es muy beneficioso para los ciudadanos.

Por tanto, puede decirse que estamos en un camino irreversible que, sin embargo, necesita de coherencia en su construcción. En efecto, un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo¹¹⁴ ha puesto de manifiesto que las pymes tienen verdaderos problemas para la comprensión del derecho contractual europeo. El ciudadano ve la Unión Europea como un ente complejo, igual que sus leyes, por lo que hacer comprensible el DIPr europeo es, posiblemente, uno de los retos más importantes de los próximos años.

5.- BIBLIOGRAFÍA

SITIO WEB:

- Unión Europea. Legislación. Síntesis de la legislación de la UE [Web en línea]-- http://europa.eu/index_es.htm. Última modificación: 14.07.2011

MATERIALES LEGISLATIVOS:

- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil [COM(2011) 276 final].

¹¹⁴ (COM(2011) 635 final)

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 18 de mayo de 2011 denominada «Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea» [COM(2011) 274 final].
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos [COM(2011) 275 final – no publicada en el Diario Oficial].
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. *Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales.*
- Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.
- Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.
- Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales» y la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas»
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (COM(2011) 142 final)

- Dictamen del Banco Central Europeo de 5 de julio de 2011 acerca de una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial».
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM(2011) 635 final).
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (COM(2012) 100 final).
- Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea (FE) (COM(2012) 35 final).
- Consejo Europeo Programa de Estocolmo, una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C 115/01).

DOCTRINA:

AGUILAR GRIEDER, H., “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* , UCM, Vol. IV parte 2, Madrid, 2012, en <http://www.uc3m.es/cdt>

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Colegio Notarial de Madrid / La Ley-Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2009.

FUENTES, M. y SÁNCHEZ CALERO, J., “Fuentes de la armonización del derecho europeo de sociedades y los trabajos preparatorios de la European Model Company Act (EMCA)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2010*, Iprolex, Madrid, pp. 745 a 758.

MEDINA ORTEGA, M., “El derecho patrimonial europeo en la perspectiva del programa de Estocolmo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2010*, Iprolex, Madrid, pp. 69 a 90.

ORÓ MARTÍNEZ, C., “Crónica de actualidad de Derecho Internacional Privado (V. Derecho de Sociedades y Personas Jurídicas)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, enero - junio 2012, en <http://www.reei.org>

ROBLES VELASCO, L.M., “El Futuro Código Europeo de Contratos, ¿Una Nueva Recepción?”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre 2010, en <http://www.ridrom.uclm.es>

SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo XVIII La Unificación del Derecho Contractual Europeo vista desde el Derecho Internacional”, *Derecho patrimonial europeo*, Cizu Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 363-381.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “La propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2011*, Iprolex, Madrid, pp. 35 a 61.

SANTOS MORÓN, “Forma contractual y «desarmonización» comunitaria”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, UCM, Vol. 2, Nº 2, Octubre 2010, pp. 202-220, en <http://www.uc3m.es/cdt>